This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

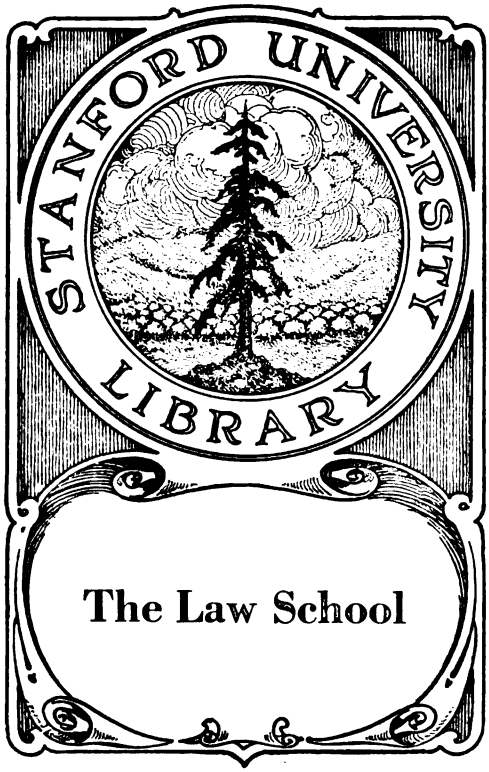
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

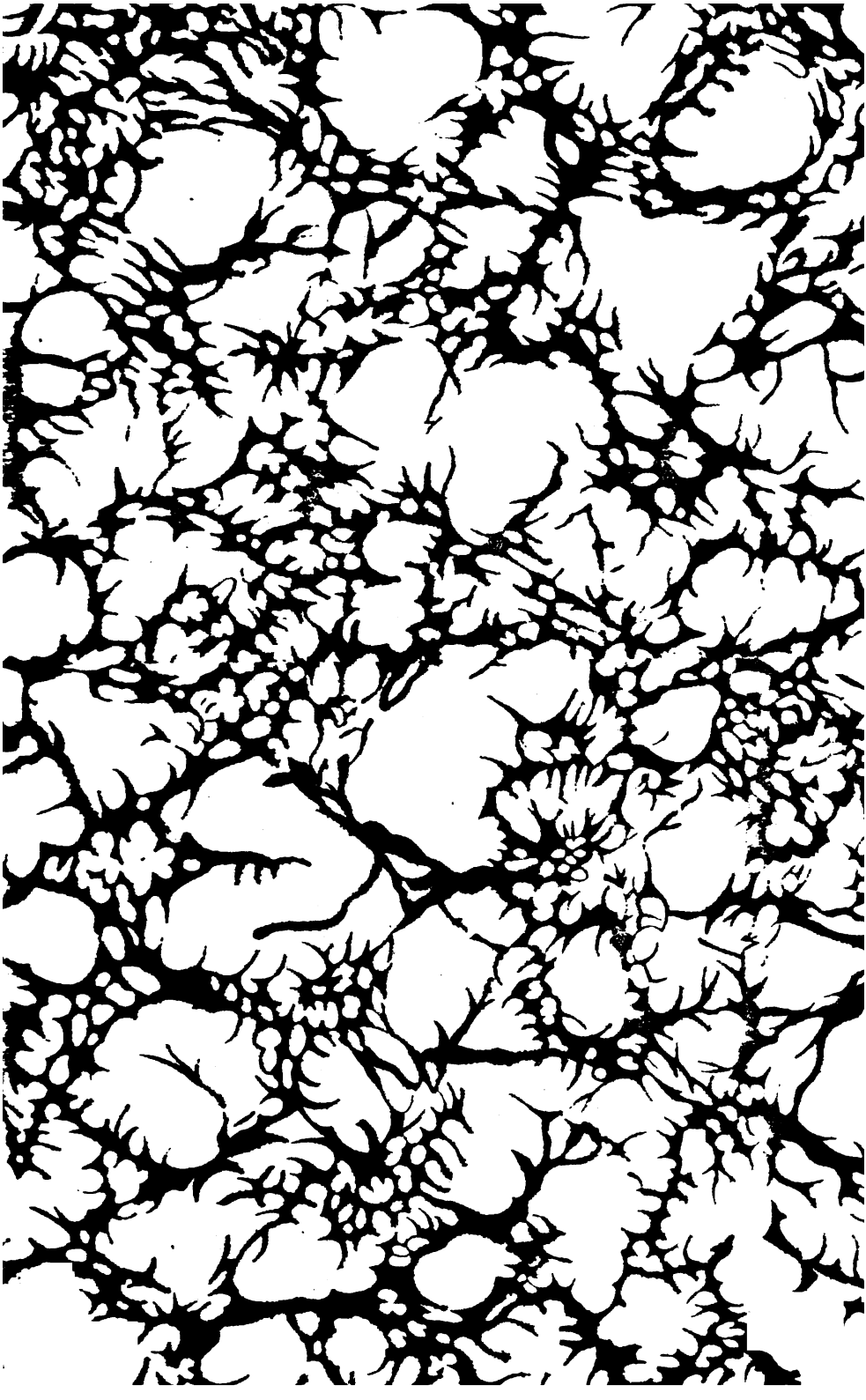
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`



The Law School



JTI
LBE
LPZ

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XII

DES OBLIGATIONS

I

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES OBLIGATIONS

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L. BARDE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

TROISIÈME ÉDITION

Entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence

---

TOME PREMIER

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1906

L 3326

DES

CONTRATS OU DES OBLIGATIONS

CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

(Livre III, titre III, du Code civil).

---

1. L'obligation, dans le sens juridique du mot, peut être définie un lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes déterminées sont civilement astreintes envers une ou plusieurs autres, également déterminées, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cpr. art. 1101.

Celui à la charge duquel ce lien existe ne peut, en général, s'en dégager qu'en fournissant la prestation qui forme l'objet de l'obligation, ou, pour parler plus simplement, en *payant*. Le paiement est le mode régulier et normal de dissolution du lien que l'obligation a formé; aussi les Romains définissaient-ils l'obligation : *Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei* (1).

L'effet de l'obligation, avons-nous dit, est d'astreindre une ou plusieurs personnes envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Ces dernières expressions sont reproduites de l'art. 1101, qui lui-même les a empruntées pour partie à la loi romaine : *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum* (2). Le mot donner, comme le mot latin *dare,* dont il est la traduction, signifie

(1) Inst., *De oblig.*, lib. III, tit. XIII, *princ.*

(2) Paul, L. 3, D., *De oblig. et action.*, XLIV, 7. — Cpr. C. civ. esp., art. 1088.

ici *transférer la propriété*. S'obliger à donner, c'est donc s'obliger à transférer la propriété d'une chose.

2. Une obligation suppose nécessairement deux personnes au moins : l'une qui est liée, c'est le sujet passif de l'obligation, le *débiteur;* l'autre au profit de laquelle le lien existe, c'est le sujet actif de l'obligation, le *créancier* (1).

L'obligation a donc deux faces, suivant qu'on l'envisage par rapport au débiteur ou par rapport au créancier. Pour le premier, dont elle restreint la liberté en la soumettant à une nécessité juridique, elle constitue une *charge;* on la désigne alors sous le nom d'*obligation passive* ou *dette;* elle figure dans son patrimoine comme une quantité négative, par conséquent au passif. Pour le second, le créancier, l'obligation constitue un *droit;* elle augmente son patrimoine, où elle prend place à l'actif, et reçoit le nom de *créance* ou *obligation active*.

3. Il est de l'essence de l'obligation que ses sujets actifs ou passifs soient des personnes déterminées. En l'absence de cette condition, l'obligation, telle que nous l'avons définie, ne se conçoit pas. Sans doute, à ceux de nos droits qui n'ont pas le caractère de créances, correspond le devoir pour tous les autres individus de les respecter. Alors même qu'il n'existe aucun rapport juridique particulier entre les autres hommes et nous, ils doivent s'abstenir de porter atteinte aux droits que la loi nous reconnaît quant à nos personnes et à nos biens; mais cela ne suffit pas pour les constituer nos débiteurs; il n'y a point, dans ce cas, obligation, en prenant cette expression dans son acception technique. Il n'y a là, en effet, rien d'individuel, d'exceptionnel, d'anormal, mais simplement le respect dû par tout homme aux droits et à la liberté d'autrui, comme condition de la sauvegarde de ses propres droits et de sa propre liberté (2). Or, l'obligation sup-

(1) Créancier, *creditor*, de *credere*, croire, avoir confiance, parce que le créancier a suivi la foi du débiteur : il a complé sur sa loyauté, sur sa fidélité à tenir ses engagements.

(2) C'est la pensée que l'on trouve exprimée en ces termes dans le Code civil argentin : « A tout droit personnel correspond une obligation personnelle. Il n'y a pas d'obligation qui corresponde aux droits réels ». Art. 497.

pose nécessairement quelque chose d'anormal, d'exceptionnel, d'individuel, car elle est une limitation à la liberté naturelle que le droit civil reconnaît aux individus.

4. Le créancier suit la foi du débiteur : ce qui n'empêche pas que, si ce dernier ne s'exécute pas de bonne grâce, il pourra, en règle générale, y être contraint par les voies légales. Nous disons qu'il en est ainsi en règle générale seulement, car il est certains liens juridiques, qualifiés avec raison d'obligations, bien qu'ils ne procurent pas au créancier le bénéfice d'une action, ni le droit de recourir aux voies légales pour en obtenir l'exécution. Toutefois, ces obligations mêmes, appelées obligations naturelles, ne sont pas dépourvues de toute sanction civile, car, ainsi que nous l'expliquerons, si elles ne sont pas munies d'une action, elles engendrent, du moins une exception. Art. 1235, al. 2. L'expression *obligation naturelle* est donc loin d'être heureuse, car elle pourrait faire supposer que l'obligation dont il s'agit n'existe pas au point de vue du droit positif. Il eût mieux valu dire *obligation civile imparfaite* (1).

5. Dans le système du Code civil (art. 1370), les obligations peuvent dériver de cinq sources; 1° le contrat; 2° le quasi-contrat (faits licites); — 3° le délit; 4° le quasi-délit (faits illicites); — 5° la loi (2).

Le contrat est la source la plus importante des obligations parce qu'elle est de beaucoup la plus féconde. C'est pour ce motif sans doute que notre législateur a consacré un titre spécial, le titre III, aux obligations résultant des contrats (obligations conventionnelles), tandis qu'il a relégué les autres, sous le nom d'*engagements qui se forment sans convention*, dans un deuxième titre, très bref d'ailleurs, le titre IV (art 1370 à 1386). Ce qui n'empêche pas cette division d'être illogique. Le législateur eût mieux fait de traiter, comme le fait Pothier, de ces divers liens juridiques, sous la rubrique générale « *Des obligations* » (3). La méthode suivie par le

(1) V. pour la théorie générale des obligations naturelles, notre tome II, n. 1652-1683.

(2) V. notre tome IV, n. 2787.

(3) Il est toutefois à noter que si Pothier consacre toute une section aux *Contrats*

législateur est d'autant plus défectueuse qu'il a placé dans le titre consacré aux engagements produits par les contrats bien des règles qui s'appliquent aux autres espèces d'obligations. Nous voulons parler notamment des règles relatives à la preuve, au paiement et, plus généralement, aux divers modes d'extinction (1). Cependant nous suivrons, dans nos explications, l'ordre des matières adopté par le législateur, persuadé, comme nous écrivons aussi bien pour la pratique que pour la théorie, qu'il y aurait des inconvénients à abandonner cette méthode, du moins dans ses grandes lignes.

6. Les divers faits indiqués dans l'art. 1370 sont-ils les seuls qui puissent engendrer des obligations, et, par conséquent, lorsqu'un engagement n'a point pour source un quasi-contrat, un délit, un quasi-délit, ou une disposition législative, est-il nécessairement le résultat d'une convention? Une doctrine moderne, originaire d'Allemagne, ou plutôt qui s'est développée en Allemagne, admet que les obligations peuvent dériver aussi de déclarations unilatérales de volonté. Pour le moment, nous n'examinerons pas cette doctrine ; nous nous réservons d'en parler quand nous expliquerons la section première du chapitre II de notre titre, intitulée *Du consentement* (2). Après avoir, en effet, traité de l'accord des volontés, nous serons mieux en situation de juger si l'intention unilatérale suffit pour produire un lien obligatoire.

(sect. 1 du chap. Ier de la première partie), il groupe ensuite dans une seule et même section les *autres causes d'obligations* (sect. 2 du même chap.). Cela peut faire excuser dans une certaine mesure l'ordre suivi dans le Code.

(1) Au point de vue scientifique, le plan de MM. Aubry et Rau se justifie bien mieux (v. la table des matières de leur tome IV). — Cpr. l'ordre suivi dans le C. civ. argentin (liv. II) et dans le C. civ. espagnol (liv. IV). — Cpr. aussi le plan adopté dans le livre II du C. civ. allemand. — Mais celui qui avait été suivi dans la rédaction en première lecture du projet de ce code nous paraît préférable à celui qui a prévalu. — V. sur les différences entre le premier et le second projets, Saleilles, *Etude sur la théorie générale des oblig. dans la seconde rédaction du projet de C. civ. pour l'Empire d'Allemagne, Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 26e année, p. 723-724.

(2) V. *infra*, n. 28.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

7. Une convention est le résultat de l'accord de deux ou plusieurs personnes qui s'entendent pour former entre elles quelque obligation ou pour éteindre ou modifier une obligation préexistante.

D'après Pothier et Domat, les expressions *convention* et *contrat* ne sont pas synonymes. Toute convention, en effet, ne constitue pas un contrat. Cette dernière dénomination est réservée aux conventions qui ont pour but de produire des obligations. Elle ne s'applique donc pas à celles qui sont faites en vue d'éteindre ou de modifier des engagements (1). On retrouve bien la même idée dans l'art. 1101 ainsi conçu : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* » (2). Ainsi, d'après le Code civil, comme d'après Pothier et Domat, le *contrat* n'est qu'une espèce particulière de convention, celle qui est faite en vue de créer quelque obligation (3). Les accords de volontés qui interviennent pour anéantir ou modifier des engagements devraient être désignés exclusivement sous la dénomination générique de *conventions*. Hâtons-nous de dire d'ailleurs que cette distinction entre le contrat et la convention ne présente aucun intérêt soit théorique, soit pratique.

8. Avec le contrat il ne faut pas confondre la simple pollicitation. « Le contrat, dit Pothier, renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite, *pollicitatio est solius offerentis*

(1) « L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle *contrat* ». Pothier, *Oblig.*, n. 3. — V. aussi Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, Préliminaires et tit. I, sect. 1, n. 1 et 2 (éd. Rémy, I, p. 121-122).

(2) Cpr. C. civ. mexic., art. 1272.

(3) Cpr. C. civ. portugais, art. 641.

promissum » (1). Ainsi la pollicitation est l'offre, la proposition émanant du futur débiteur. D'après la théorie classique, elle ne fait naître aucun droit au profit de celui à qui elle s'adresse tant qu'il ne l'a pas acceptée, car nul ne peut acquérir un droit sans sa volonté; aussi, jusque-là, celui qui l'a faite peut-il la retirer. Sous l'empire du code civil français, cette théorie est certainement exacte, au moins en règle très générale ; nous aurons à nous demander s'il y a lieu d'en écarter l'application dans quelques hypothèses (2).

§ I. *Division des contrats.*

9. Le Code nous indique ici trois divisions des contrats : 1° contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux ; 2° contrats de bienfaisance et contrats à titre onéreux ; 3° contrats commutatifs et contrats aléatoires. Il en sous-entend une quatrième, celle des contrats nommés et des contrats innommés, dans l'art. 1107. Nous en ajouterons deux autres : 5° contrats principaux et contrats accessoires; 6° contrats consensuels et contrats solennels.

I. *Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux.*

10. « *Le contrat est* synallagmatique *ou* bilatéral, *lorsque* » *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les* » *autres* ». Art. 1102 (3).

Il y a donc, dans un contrat de cette nature, des obligations principales et corrélatives à la charge des deux parties.

La vente est un contrat bilatéral, car si le vendeur s'oblige à rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue, celui-ci,

(1) *Oblig.*, n. 4.

(2) V. *infra*, théorie de l'offre (n. 33-34) et théorie de la stipulation pour autrui (n. 161).

(3) « Ultro citroque obligationem quod Græci συναλλαγμα vocant », dit Ulpien, (L. 19, D., *De verb. sign.*, liv. L, tit. XVI). *Synallagmatique* vient donc du grec συναλλαγμα qui signifie *contrat ;* de sorte que *synallagmatique* est synonyme de contractuel. D'après cette étymologie, le contrat synallagmatique serait un contrat contractuel : ce qui ne laisse que le vide dans l'esprit. Le mot *bilatéral* exprime beaucoup mieux ce qu'il veut dire. Dérivé des deux mots latins *bis* et *latus, lateris,* il est bien choisi pour désigner les contrats qui produisent des obligations réciproques, *ex utroque latere.*

de son côté, s'engage à en payer le prix. Il en est de même de l'échange, du louage, de la société et de beaucoup d'autres contrats.

En ce qui concerne le contrat unilatéral, le législateur le définit en ces termes : « *Il* [le contrat] *est* unilatéral *lorsqu'une* » *ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs* » *autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'enga-* » *gement* ». Art. 1103.

Tel est le contrat de prêt : l'emprunteur est tenu de l'obligation de restituer, à l'époque convenue, la chose même que le prêteur lui a livrée, s'il s'agit d'un *prêt à usage,* et une chose de même nature, s'il s'agit d'un *prêt de consommation;* mais le prêteur, lui, n'est tenu d'aucune obligation envers l'emprunteur. Tel est aussi le dépôt.

Il nous faut ici prévenir une confusion. Le mot *unilatéral* n'a pas le même sens dans ces deux expressions *contrat unilatéral* et *acte unilatéral.* Un contrat est qualifié d'unilatéral quand il n'engendre d'obligation qu'à la charge de l'une des parties; un acte est dit unilatéral quand il est l'œuvre d'une volonté unique. Ainsi le terme *unilatéral* vise, dans l'expression *contrat unilatéral,* les effets du contrat, et, dans l'expression *acte unilatéral,* la formation de l'acte. Or un contrat ne peut jamais naître que par l'accord de deux volontés, et, par conséquent, un contrat, même unilatéral, est un acte bilatéral.

101. La distinction des contrats en synallagmatiques et unilatéraux présente de l'intérêt à divers points de vue :

1° Lorsque les parties veulent constater une convention synallagmatique par un écrit *sous seing privé,* cet écrit doit être dressé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Art. 1325. Un seul original suffit s'il s'agit d'un contrat unilatéral (1).

2° L'art. 1326 contient une disposition spéciale à la promesse *unilatérale* de payer une somme d'argent ou une chose appréciable (2).

(1) V. notre tome IV, n. 2273-2274.
(2) V. notre tome IV, n. 2310.

3° D'après certains auteurs, la disposition de l'art. 1181, al. 1, aux termes de laquelle : « *La condition résolutoire est* » *toujours sous entendue dans les contrats* synallagmatiques, » *pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son* » *engagement* », est étrangère aux contrats unilatéraux (1).

4° L'exception *non adimpleti contractus*, par laquelle l'un des contractants se refuse à exécuter son obligation tant que l'autre n'offre pas de remplir son engagement corrélatif, ne se conçoit que dans les contrats synallagmatiques (2).

5° La question des risques, réglée par l'art. 1138, al. 2, ne saurait être soulevée à propos de contrats unilatéraux, puisqu'elle suppose essentiellement des obligations réciproques résultant du même contrat (3).

11. Le Code civil ignore la distinction que les anciens auteurs faisaient entre les contrats synallagmatiques parfaits et les contrats synallagmatiques imparfaits (4). Les premiers étaient les contrats qui, dès le moment même de leur formation, faisaient naître des engagements des deux côtés : les seconds, ceux qui n'engendraient d'obligation qu'à la charge de l'une des parties, mais pouvaient être suivis de faits produisant une obligation réciproque. Le dépôt rentrait dans cette dernière catégorie. En effet, au moment où le contrat se forme, c'est-à-dire au moment où le déposant remet la chose au dépositaire, un seul engagement prend naissance, celui du dépositaire, qui s'oblige à restituer la chose à première réquisition au déposant, et le contrat semble par suite être unilatéral. Mais des faits postérieurs et accidentels pourront engendrer une obligation à la charge du déposant; notamment celui-ci sera tenu de rembourser au dépositaire les dépenses que ce dernier aura été forcé de faire pour la conservation de la chose déposée (art. 1947), et alors le con-

(1) V. notre tome II, n. 905. — Il a été jugé par exemple que l'art. 1184, al. 1, est inapplicable au contrat de mandat. Civ. rej., 2 mai 1876, S., 76. 1. 408, D. P., 76. 1. 345.

(2) V. notre tome II, n. 963.

(3) V. notre tome I, n. 421-423.

(4) Pothier, *Traité des obligations*, n. 9. — Il est à remarquer que le législateur qui, dans notre titre, a si habituellement suivi Pothier, n'a point reproduit ici la distinction faite par cet auteur.

trat présentera les apparences d'un contrat synallagmatique, puisqu'il existera désormais des obligations des deux côtés. Il en est de même du mandat, du prêt à usage et du nantissement.

Aujourd'hui, dans le silence de la loi, les contrats qui, au moment de leur formation, ne font naître d'obligation qu'à la charge de l'une des parties, sont unilatéraux, alors même que l'autre partie pourrait se trouver, dans la suite, réciproquement engagée à raison d'un fait indépendant de la convention. En effet, pour apprécier la nature d'un contrat, il faut se placer au moment où il se forme ; or, à cette époque, l'une des parties seulement est obligée ; bien plus, il peut arriver que l'autre ne le soit jamais, puisque son engagement est subordonné à des éventualités (1).

Les auteurs, qui reproduisent aujourd'hui la division des contrats synallagmatiques en parfaits et en imparfaits, sont bien obligés de reconnaître que la disposition de l'art. 1325 ne s'applique pas à ces derniers (2).

Cette division présenterait-elle, du moins, d'après ses partisans, de l'intérêt au point de vue de la disposition de l'art. 1184 ? Pas davantage ! Aubry et Rau n'admettent pas, dans les contrats synallagmatiques imparfaits, l'existence de la condition résolutoire tacite, pour le cas d'inexécution des obligations de l'une des parties, et, par conséquent, à cet égard, il les mettent sur la même ligne que les contrats unilatéraux (3). Larombière enseigne que, dans ces mêmes contrats, l'inexécution de l'engagement éventuel de la partie qui n'est pas obligée immédiatement par la convention, ne peut pas donner lieu à l'action résolutoire de l'art. 1184. Pour

(1) Voyez dans ce sens Mourlon, II, n. 1030; Laurent, XV, n. 435; Arntz, III, n. 8; Thiry, n. 563; Huc, VII, n. 4, p. 11; Planiol, II, 1re édit., n. 989, al. 2, p. 299, 2e édit., n. 950, p. 296, 3e édit., n. 950, p. 323. — Cpr. Demante et Colmet de Santerre, V, n. 5 et 5 *bis*-II. — Mais plusieurs autres commentateurs du Code civil transportent, au contraire, dans notre droit actuel la distinction traditionnelle. Dans ce dernier sens, voyez Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 285, texte et note 2, et 5e édit. (mise au courant par MM. G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault), p. 469 ; Larombière, I, p. 24 (art. 1101, n. 2); Demolombe, XXIV, n. 22; Vigié, II, n. 1107.

(2) Aubry et Rau, Larombière et Demolombe, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 82, note 79, et 5e édit., p. 125, note 79.

lui, comme pour nous, c'est « évident » (1). Mais n'est-ce pas dire qu'au point de vue de l'application de cet article, il est indifférent que ces contrats soient rangés ou non dans une catégorie spéciale ? D'après Demolombe, la condition résolutoire tacite se retrouve « partout où l'une des parties manquera d'exécuter les obligations que le contrat lui imposait et sur la foi desquelles l'autre partie l'avait consenti. Partout,... non seulement dans les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits, ou *dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, mais encore dans les contrats de bienfaisance, comme aussi dans les actes de disposition à titre gratuit,* donations entre-vifs ou testaments » (2). Si l'on généralise à ce point l'application de l'art. 1184, à quoi bon faire la distinction que nous repoussons ? En un mot, soit en rejetant l'application de l'art. 1184 et pour les contrats imparfaitement synallagmatiques et pour les contrats unilatéraux, soit, au contraire, en admettant cette application à la fois pour les uns et pour les autres, les partisans de cette distinction lui enlèvent son utilité (3).

Mais, en droit romain, il y a une raison décisive pour ne pas ranger dans la catégorie des contrats unilatéraux les contrats qu'on a qualifiés de synallagmatiques imparfaits. A Rome, le caractère de contrat synallagmatique concordait toujours avec celui de contrat de bonne foi ; de même tout contrat unilatéral était nécessairement de droit strict. Or le mandat, le dépôt, plus généralement les contrats dits synallagmatiques imparfaits, étaient certainement des contrats de bonne foi. Ils ne pouvaient donc pas constituer des contrats unilatéraux. Mais cette conception est absolument étrangère au droit français (4).

12. Les contrats qui, de leur nature, sont unilatéraux, peuvent, par la volonté des parties, être transformés en contrats synallagmatiques. Il suffit pour cela qu'elles introduisent dans la convention une clause faisant naître immédiatement

(1) Larombière, III, p. 86 (art. 1184, n. 3).
(2) Demolombe, XXV, n. 492-494).
(3) Cpr. Laurent, XV, n. 435, p. 492 ; Huc, VII, n. 4, p. 11.
(4) V. Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 428 *in fine* et p. 429 ; 3e édit. p. 435 *in fine* et p. 436.

un engagement à la charge du contractant qui n'est pas obligé de plein droit.

C'est là une conséquence naturelle de la liberté que la loi reconnaît aux parties en matière de conventions. Cette liberté n'admet de restriction que sur les points qui touchent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or le caractère unilatéral d'un contrat est une question d'intérêt privé. On ne voit pas, en effet, pour quelle raison les parties ne pourraient pas, dans une convention qui, d'ordinaire, ne produit d'obligation principale que d'un côté, faire naître immédiatement, au moyen d'une clause spéciale, des obligations réciproques. D'ailleurs la loi ne désigne pas les divers contrats qui sont synallagmatiques, ni ceux qui sont unilatéraux. Elle laisse donc à l'interprète le soin de se prononcer sur ce point en s'inspirant des dispositions des art. 1102 et 1103. Il suffira, par conséquent, que le juge rencontre dans une convention des obligations principales de part et d'autre, pour qu'il doive la considérer comme synallagmatique. C'est ainsi, au surplus, que le législateur a lui-même procédé à l'égard de la donation. Celle-ci, de sa nature, est un contrat unilatéral. Mais, lorsque des charges ont été imposées au donataire, elle revêt le caractère bilatéral. En effet, elle peut être révoquée à raison de l'inexécution de ces charges. Art. 953. Or, cette révocation n'est qu'une conséquence de la condition résolutoire sous-entendue, aux termes de l'art. 1184, dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement. Arg. art. 954 (1).

Au surplus, la faculté pour les contractants de faire naître des engagements réciproques, existe non seulement à l'égard des contrats que l'on appelle inexactement synallagmatiques imparfaits, mais encore à l'égard de ceux dans lesquels tous les auteurs s'accordent à voir de simples contrats unilatéraux (2).

13. Pour que les contrats où la partie qui n'est pas obligée au début peut le devenir dans la suite, par exemple le man-

(1) V. en ce sens : Laurent, XV, n. 433; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don.*, I, n. 1543 s. — Cpr. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 285 *in fine*, et 5e édit., p. 469 *in fine;* Demolombe, XXIV, n. 23.

(2) V. Demolombe, Laurent, *loc. cit.*

dat et le dépôt, revêtent le caractère synallagmatique, il ne suffit pas que cette obligation éventuelle soit expressément stipulée au moment où la convention se forme.

« Il est vrai, suivant les expressions de la Cour de cassation, qu'un contrat unilatéral de sa nature, peut devenir bilatéral, s'il résulte de la convention que chacune des parties a entendu contracter une obligation *principale qui, ne se rattachant par aucun lien nécessaire à la nature du contrat, soit l'œuvre tout à fait discrétionnaire de la volonté des contractants;* mais... il n'en saurait être ainsi des clauses les plus expresses *qui résultent déjà de la loi elle-même,* telles que l'obligation pour le mandant de rembourser les dépenses qui pourront être faites pour l'exécution du mandat » (1).

14. Mais un contrat de dépôt ou de mandat se transforme en contrat synallagmatique par cela seul qu'un salaire est promis au dépositaire ou au mandataire.

Cependant, d'après Aubry et Rau (2) et Demolombe (3), le dépôt et le mandat demeurent en principe des contrats unilatéraux, nonobstant la stipulation d'un salaire au profit du dépositaire ou du mandataire, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble de la convention et des circonstances que les parties ont voulu leur donner le caractère synallagmatique. Mais le fait même qu'elles se sont obligées réciproquement ne prouve-t-il pas suffisamment qu'elles ont eu cette intention? Bien plus! si elles avaient eu une intention contraire, ce serait inutilement, car, suivant la très juste observation de Laurent, vouloir maintenir le caractère unilatéral à une convention, alors qu'elle fait naître des obligations réciproques à la charge des deux parties, c'est vouloir l'impossible. Nous n'avons pas à nous arrêter ici à l'objection qui

(1) Req. rej., 23 avril 1877, D. P., 77. 1. 366, et la note, S., 78. 1. 399. L'arrêt de la cour de Lyon, du 13 mai 1876, contre lequel était formé le pourvoi rejeté par la décision précitée, dit lui-même très exactement que l'obligation incombant au mandant de restituer au mandataire le montant des avances d'argent qu'il pourrait faire pour lui dans l'exécution du mandat, n'étant que la *conséquence naturelle et légale* de celui-ci, « existait par elle-même sans qu'il fût besoin d'une stipulation; en sorte qu'elle est née *non d'une convention spéciale et directe des parties*, mais de l'exécution même du mandat ». S. et D., *loc. cit.*

(2) IV, 4e édit., p. 286, et 5e édit., p. 470.

(3) XXIV, n. 23.

consiste à dire que, lorsque le mandat ou le dépôt est salarié, il devient un louage d'ouvrage. Le contrat changerait-il véritablement de nom, que la stipulation d'un salaire n'en aurait pas moins pour effet de rendre la convention bilatérale, puisque tel est le caractère du louage (1).

15. L'arrêt qui, par appréciation soit de l'ensemble d'une convention, soit des circonstances de fait, décide que l'une des parties seulement s'est obligée et que, par suite, le contrat est unilatéral, ou, en sens inverse, que les deux parties se sont engagées et que le contrat est synallagmatique, ne peut pas être déféré à la cour de cassation (2).

Mais il en est autrement de celui qui, tout en reconnaissant qu'il existe dans l'espèce les éléments constitutifs d'un contrat synallagmatique ou d'un contrat unilatéral, qualifie faussement la convention à ce point de vue, ou ne déduit pas les conséquences légales de son véritable caractère (3). Tel serait, à notre avis, le cas pour un arrêt qui constaterait qu'un dépôt ou un mandat est salarié, et qui, cependant, y verrait un contrat unilatéral.

II. *Contrats de bienfaisance. Contrats à titre onéreux.*

16. « *Le contrat* de bienfaisance *est celui dans lequel l'une* » *des parties procure à l'autre un avantage purement gra-* » *tuit* ». Art. 1105. Le plus important des contrats de bienfaisance est la donation (4); il y en a d'autres, notamment le dépôt et le mandat.

(1) Laurent, XV, n. 433, et, spécialement sur le mandat, XXVII, n. 340. — V. dans le même sens, quant au mandat, Colmet de Santerre, VIII, n. 205 *bis;* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat*, etc...., n. 365; Vigié, III, n. 1098; Thiry, IV, n. 220 *in fine*. — Cpr. Planiol, II, n. 2233. — Mais en sens contraire, toujours quant au mandat, Pont, *Petits contrats*, I, n. 882; Guillouard, *Traité du mandat*, n. 17 et 37; Huc, XII, n. 17, al. 3. — Trib. civ. Seine, 5 déc. 1894, *Droit*, 10 sept. 1895. — V. dans notre sens, pour le dépôt, Planiol, II, n. 2205, al. 2.

(2) *Sic* Civ. rej , 26 juill. 1854, S., 55. 1. 33, D. P., 54. 1. 297.

(3) Ce n'est là qu'une application des principes généraux qui gouvernent le pouvoir d'appréciation des tribunaux relativement à l'interprétation des contrats, Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Cassation*, n. 1580 et 1583, et *Suppl. au Répert.*, eod. v°, n. 261; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 468, note 1 *bis*.

(4) On verra toutefois qu'à raison de leur destination et des obligations qu'elles

Le contrat *à titre onéreux* est un contrat intéressé de part et d'autre [1]. Telle est la vente : elle procure au vendeur une somme d'argent dont il peut avoir besoin, et à l'acheteur un bien à sa convenance. Le prêt à intérêt est aussi un contrat à titre onéreux : il permet au prêteur de tirer un revenu de son capital, et à l'emprunteur d'obtenir la jouissance de celui-ci. On voit par ce dernier exemple que les contrats *à titre onéreux* ne sont pas toujours *synallagmatiques ;* car le prêt à intérêt est un contrat unilatéral. Par conséquent l'art. 1106 donne du contrat à titre onéreux une définition défectueuse, lorsqu'il dit : « *Le contrat* à titre onéreux *est celui qui assujettit » chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* » [2]. Les mots *qui assujettit chacune des parties* donnent à entendre que le contrat à titre onéreux est nécessairement synallagmatique : ce qui est inexact, comme on vient de le voir. Il vaut mieux dire avec Pothier que les contrats à titre onéreux sont « ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties » [3].

En résumé, le contrat *de bienfaisance* ou *à titre gratuit* est celui qui procure à l'une des parties un avantage dont elle ne fournit pas la contre-valeur ; le contrat *à titre onéreux,* au contraire, est celui dans lequel chaque partie paie l'avantage qu'elle retire du contrat, en effectuant à l'instant même ou en s'engageant à effectuer plus tard une prestation ; et c'est pourquoi l'on dit qu'elle acquiert *à titre onéreux,* c'est-à-dire moyennant un sacrifice.

Tout contrat rentre nécessairement dans l'un ou dans l'autre terme de cette division [4], et le juge du fond décide sou-

font naître à la charge des donateurs, les donations par contrats de mariage sont considérées par la jurisprudence comme de véritables contrats à titre onéreux. — V. notamment Civ. rej., 8 janv. 1887, S., 87. 1. 97 (note de Labbé), D. P., 87. 1. 257. — V. *infra,* n. 675.

[1] La jurisprudence a reconnu l'existence de contrats à titre onéreux dans plusieurs cas où la question était plus ou moins délicate. V. Req., 10 août 1836, D. *Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 67. — Trib. d'Yvetot, 27 nov. 1868, S., 69. 2. 241. — Req., 18 juin 1872, S., 72. 1. 286, D. P., 72. 1. 172 ; 22 août 1882, D. P., 83. 1. 296 ; 28 fév. 1886, D. P., 87. 1. 55 ; 7 mars 1888, D. P., 88. 1. 268.

[2] Cpr. C. civ. port., art. 642.

[3] *Oblig.,* n. 12.

[4] Entre les contrats onéreux et les contrats de bienfaisance, Pothier distinguait

veraincment si un contrat doit être considéré comme à titre gratuit ou à titre onéreux (1).

La distinction que nous venons d'étudier présente surtout de l'intérêt au point de vue : 1° de la perception des droits fiscaux (2) ; 2° de l'erreur dans la personne (3) ; 3° de la prestation des fautes (4) ; 4° de l'application de l'art. 1166 (5) ; 5° de la notion de l'acte de commerce (la gratuité est absolument incompatible avec la commercialité) ; 6° de l'effet des conditions illicites, en tant qu'on oppose les donations aux contrats à titre onéreux (6).

17. Les contrats à titre onéreux se subdivisent en contrats commutatifs et contrats aléatoires.

L'art. 1104 paraît présenter cette subdivision comme spéciale aux contrats synallagmatiques (arg. des mots : *Lorsque* CHACUNE *des parties s'engage*). Mais la vérité est qu'elle est une subdivision des contrats à *titre onéreux ;* ainsi le prêt à intérêt est *unilatéral,* ce qui ne l'empêche pas d'être en même temps *commutatif.* L'erreur que commet ici le législateur est le pendant de celle que nous avons déjà signalée dans l'art. 1106, qui paraît dire que les contrats synallagmatiques peuvent seuls être à titre onéreux. Cette erreur est d'autant moins excusable que Pothier, dans sa définition des contrats commutatifs, ne suppose nullement que, dans les conventions de cette nature, il y ait nécessairement un engagement de

des contrats mixtes « par lesquels, disait-il, celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne », par exemple les donations faites sous quelque charge imposée au donataire. *Oblig.*, n. 12. Mais notre code ne reconnaît pas cette catégorie intermédiaire de contrats. Il faut donc, suivant l'élément qui prédomine dans les contrats que Pothier qualifiait de mixtes, les ranger soit parmi les contrats à titre onéreux, soit parmi les contrats de bienfaisance. V. en ce sens Demolombe, XXIV, n. 25. Mais en sens inverse, Toullier, VI n. 20; Larombière, I, p. 28 (art. 1102-1106, n. 7).

(1) Cpr. Req., 7 déc. 1885, S., 88. 1. 10; 15 janv. 1890, D. P., 91 1. 30.

(2) V. Civ. cass., 15 déc. 1852, S., 53. 1. 125, D. P., 52. 1. 336; 26 avril et 26 juillet 1854, S., 54. 1. 463, D. P., 54. 1. 264; 9 avril 1856, S., 56. 1. 541, D. P., 56. 1. 157; 14 juin 1858, D. P., 58. 1. 252. — Trib. de Mamers, 2 fév. 1875, S., 75. 2. 150.

(3) V. *infra*, n. 62.

(4) V. *infra*, n. 350-351.

(5) V. *infra*, n. 600 et 667.

(6) V. notre tome II, n. 752-753.

part et d'autre : « Les contrats commutatifs, dit-il, sont ceux par lesquels chacune des parties contractantes donne et reçoit ordinairement l'équivalent de ce qu'elle donne » (1).

Les contrats commutatifs sont ceux dans lesquels chaque partie reçoit une prestation en retour de ce qu'elle fournit : « *Il* (le contrat) *est commutatif lorsque chacune des parties* » *s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée* » *comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait* » *pour elle* ». Art. 1104, al. 1er (2).

Le législateur ajoute dans l'al. 2 du même article : « *Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte* » *pour chacune des parties, d'après un événement incertain,* » *le contrat est* aléatoire ». Art. 1104, al. 2 (3).

Ainsi le louage est un contrat *commutatif* : l'obligation que contracte le locataire de payer le prix de location est considérée comme étant l'équivalent de celle que contracte le locateur de le faire jouir de la chose louée. Il en est de même de l'échange, de la vente moyennant un prix ferme ou une rente perpétuelle soit foncière, soit constituée.

(1) *Oblig.*, n. 13. — Cpr. Laurent, XV, n. 436.

(2) Les prestations que les parties doivent fournir dans les contrats commutatifs constituent soit des dations, soit des faits proprement dits. Pothier, appliquant à ces contrats les quatre formules de la théorie romaine des contrats innommés, les a divisés en quatre classes : *do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des* (*Oblig.*, n. 13). En principe cette idée n'est pas inexacte. Il faut toutefois remarquer à ce sujet qu'en droit français, il n'y a pas de motif pour distinguer, comme en droit romain, les deux classes *do ut facias* et *facio ut des*. Domat avait donc raison de fondre ces deux classes en une seule. *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. I, n 4 (édit. Rémy, I, p. 122).

(3) La division des contrats à titre onéreux en contrats commutatifs et contrats aléatoires a été critiquée comme illogique, le second terme rentrant dans le premier. Les contrats aléatoires, a-t on fait remarquer, sont essentiellement commutatifs. Cette circonstance que l'équivalent reçu par chacune des parties en retour de la prestation par elle fournie consiste dans une chance de gain et de perte n'empêche pas que le contrat soit intéressé des deux côtés, et, par conséquent, qu'il réponde à la notion du contrat commutatif. — Duranton, d'après Delvincourt, X, n. 76. — A notre avis, cette critique renferme une grande part de vérité. Prise dans un sens large, l'expression contrat commutatif convient incontestablement aux contrats aléatoires. Il faut donc reconnaître que le législateur emploie cette expression dans un sens arbitraire et étroit. D'ailleurs, les contrats aléatoires, étant gouvernés à certains égards par des principes particuliers, on comprend que la loi les oppose aux contrats commutatifs *stricto sensu*. — Cpr. Demolombe, XXIV, n. 26, et Laurent, XV, n. 437.

Au contraire, l'aliénation à charge de rente viagère est un contrat *aléatoire,* parce qu'il y a l'une des deux prestations, celle de la rente, dont il est impossible de mesurer exactement l'importance, et qui, suivant les circonstances, pourra représenter une valeur de beaucoup supérieure ou de beaucoup inférieure à l'autre prestation dont elle est la contre-partie.

18. Il semble y avoir une certaine opposition de vues entre l'art. 1104, al. 2, qui nous représente les chances de gain ou de perte comme réciproques dans le contrat aléatoire, et l'art. 1964, d'où il semble résulter que l'*aléa* peut n'exister que pour l'une des parties. L'art. 1104, al. 2, nous paraît plus exact. La chance de gain que court l'une des parties constitue évidemment une chance de perte pour l'autre; car, si la première gagne, la seconde perdra, puisque c'est à ses dépens que le gain sera réalisé; et, réciproquement, la chance de perte que court l'une des parties constitue nécessairement une chance de gain pour l'autre, car ce qui sera perdu par celle-ci sera gagné par celle-là. C'est ce qu'on voit aisément par l'exemple cité tout à l'heure. Il en est ainsi, quoi qu'on en ait dit, même dans le contrat d'assurance. Il est vrai que l'assuré ne recevra jamais, en cas de sinistre, une somme supérieure à la valeur de sa chose, l'assurance ne pouvant pas être pour lui la source d'un profit; d'où l'on a voulu conclure que l'assuré ne réalisera jamais un gain. L'assureur seul, dit-on, peut gagner : il gagnera le montant des primes, s'il ne se produit aucun sinistre dont il soit responsable; quant à l'assuré, il peut seulement ne pas perdre. Les chances de gain ne sont donc pas réciproques, et la disposition de l'art. 1964 se trouve ainsi justifiée. — Mais on peut répondre qu'en recevant, au cas de sinistre, la valeur de sa chose, l'assuré se trouvera en définitive plus riche de tout ce qu'il aurait perdu sans l'assurance; il fait donc un gain, et il gagne précisément ce que perd l'assureur, à la prime près. D'ailleurs il y a encore *aléa* en ce qui concerne l'assuré, en ce sens qu'il paiera la prime pendant un temps plus ou moins long, suivant l'époque à laquelle le sinistre se produira [1].

[1] Dans ce sens Demolombe, XXIV, n. 27; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 286,

19. Le principal intérêt de la division des contrats en commutatifs et aléatoires consiste en ce que ceux des contrats à titre onéreux qui, sous certaines conditions déterminées par la loi, sont rescindables pour cause de lésion, cessent de l'être, lorsque, au lieu d'être commutatifs, ils revêtent le caractère aléatoire. Cpr. art. 889 (1).

Cette proposition s'applique notamment, du moins en principe, à la vente d'un immeuble consentie moyennant une rente viagère, à celle d'un usufruit immobilier ou de la nue-propriété d'un immeuble, à la vente d'une hérédité (2).

III. *Contrats nommés; contrats innommés.*

20. Il y a certains contrats que le législateur, à raison de leur importance et de leur fréquence, a prévus et réglés, pour épargner aux parties qui les font le soin d'entrer dans les détails, d'en indiquer par exemple les effets. Ces contrats ont un nom : vente, échange, louage, société, mandat... ; ce sont des contrats *nommés*. Il y en a d'autres qui sont demeurés étrangers aux prévisions du législateur, parce qu'ils sont d'un usage moins fréquent, et auxquels, par suite, il n'a pas donné de nom. On les désigne, pour ce motif, sous la dénomination générique de contrats *innommés*. Ils demeurent autorisés en vertu du grand principe de la liberté des conventions et sous la seule condition de ne porter aucune atteinte

note 4, et 5e édit., p. 472, note 5 *septies;* Laurent, XXVII, n. 192; Vigié, II, n. 1109; Thiry, II, n. 563, p. 550; Huc, VII, n. 6; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires*, n. 1; Planiol, II, 1re édit., n. 996, 2e et 3e édit., n. 957. — En sens inverse Duranton, X, n. 77; Pont, *Petits contrats*, I, n. 575-578; Larombière, I, p. 27 (art. 1102-1106, n. 4). — Cpr. Marcadé, IV, n. 389. — Le Code civil italien, adoptant la seconde manière de voir, s'exprime ainsi : « Le contrat est de hasard ou aléatoire lorsque *pour les deux contractants ou pour l'un deux* l'avantage dépend d'une éventualité incertaine ». Art. 1102, al. 1er. — V. aussi C. civ. Rép. Arg., art. 2051.

(1) Dans l'ancien droit l'intérêt dont nous venons de parler était beaucoup plus considérable, par la raison que tous les contrats commutatifs étaient rescindables pour cause de lésion énorme, alors du moins qu'ils avaient pour objet des immeubles, Pothier, *Oblig.*, n. 33 et 37 (édit. Dupin, I, p. 21 et p. 23). — V. Meynial, *Quelques notes sur l'histoire de la rescision des contrats entre majeurs au moyen-âge* (Prato, typographia Giachetti figlio et C., 1904).

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 682, et les autorités par eux citées.

à des dispositions législatives d'ordre public. Tel est le contrat dit *de révélation de succession,* par lequel une personne promet à une autre de lui révéler un droit de succession dont celle-ci ignore l'ouverture à son profit, de faire les frais nécessaires pour l'ouverture de ce droit, et stipule à titre de rémunération une certaine quote-part, la moitié par exemple du bénéfice que procurera la réalisation de ce droit (1).

La distinction qui nous occupe se trouve en germe dans l'art. 1107 ainsi conçu : « *Les contrats, soit qu'ils aient une » dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis » à des règles générales qui sont l'objet du présent titre Les » règles particulières à certains contrats sont établies sous » les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières » aux transactions commerciales sont établies par les lois rela- » tives au commerce* ». Cette distinction était très nettement accusée dans le projet de la commission de l'an VIII. L'art. 5 du titre *Des obligations* était ainsi conçu : « Il y a des contrats qui ont une dénomination propre et particulière, et d'autres qui n'en ont pas. Les uns et les autres sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les premiers sont, en outre, susceptibles de règles particulières qui seront expliquées sous des titres relatifs à chacun d'eux » (2). Si cette rédaction a été modifiée, ce n'est pas parce que le législateur a méconnu une distinction qui résulte de la nature même des choses, mais bien parce qu'il n'avait intérêt à la rappeler que pour proscrire la théorie romaine des contrats innommés.

Le Code s'occupe des contrats nommés pour établir, en ce qui concerne chacun d'entre eux, des règles qui lui sont particulières, et c'est seulement lorsque les dispositions de cette nature font défaut que les contrats nommés sont gouvernés par les principes généraux énoncés dans notre titre. Mais, quand les personnes qui font un contrat non pourvu d'une dénomination légale, n'en déterminent pas suffisamment la portée, il y a lieu de se référer à ces principes généraux ou

(1) V. *infra*, n. 312. — V. une autre application dans Trib. civ. de Lille, 19 juin 1902, joint à Douai, 25 février 1903, D. P., 1904. 2. 173.

(2) Fenet, XIII, p. 4.

d'appliquer les dispositions relatives au contrat nommé qui ressemble le plus à la convention dont il s'agit (1).

D'ailleurs cette circonstance qu'un contrat dénommé par le législateur n'a pas été qualifié par les parties ou a été désigné par elles sous un nom qui n'est pas le sien, n'empêche pas qu'il soit soumis aux dispositions qui lui sont propres (2).

(1) En droit romain, la distinction des contrats nommés et des contrats innommés avait un sens particulier. Primitivement, parmi les conventions, celles-là seules constituaient des contrats qui avaient été reconnues et, par conséquent, dénommées par le droit civil, et tout contrat était sanctionné par une action qui lui empruntait son nom technique. Peu à peu, dans une période qui se place entre les dernières années de la République et la fin de l'époque classique, de nouveaux contrats furent admis (*negotia nova*). Mais comme ils n'avaient pas été prévus par l'ancien droit civil, ils ont été qualifiés, par les interprètes, de contrats innommés. Certaines de ces conventions reçurent dans l'usage un nom spécial, par exemple l'échange (*permutatio*), mais elles n'en étaient pas moins rangées parmi les contrats innommés comme n'ayant pas été reconnues par l'ancien droit civil. Dans le dernier état de leur développement, les contrats innommés présentaient trois particularités remarquables :

1° Ils ne pouvaient se former que *re*, c'est-à-dire par un commencement d'exécution ;

2° L'action qui les sanctionnait, l'action *præscriptis verbis*, leur était commune à tous ;

3° La partie qui avait exécuté en premier lieu pouvait, au lieu de contraindre l'autre partie à exécuter également, répéter par la *condictio ob rem dati*, la chose qu'elle avait donnée. — V. Accarias, *Théorie des contrats innommés* et *Précis de droit romain*, 4e édit., t. II, p. 405-420, n. 648-654; Girard, *Manuel élément. de dr. rom.*, 2e édit., p. 574-584, 3e édit., p. 582-592, et les auteurs allemands cités dans ce dernier ouvrage (2e édit., p. 547, note 1, 3e édit., p. 582, note 3).

Cette théorie est absolument étrangère au droit français. Déjà, d'après nos anciens jurisconsultes, la distinction des contrats nommés et des contrats innommés avait seulement la portée qu'elle a aujourd'hui. Aussi, après avoir présenté des notions générales sur les conventions, Domat disait : « De ces différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage si fréquent et si connu partout, qu'elles ont un nom propre, comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres; il y en a qui n'ont pas de nom propre, comme si une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, à la condition qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra en avoir de plus. *Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou n'aient point de nom, ont toujours leur effet, et elles obligent à ce qui est convenu* ». *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, tit. I, sect. I, n. 7 (édit. Rémy, I, p. 124). C'est ce passage de Domat qui a inspiré la disposition de l'alinéa premier de l'article 1107. Dans cette disposition, le législateur, comme Domat, fait allusion à la théorie romaine pour la rejeter. — Cpr. *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu, Fenet, XIII, p. 222; Locré, XII, p. 318, n. 7 *in fine*.

(2) Zachariæ, édit. Massé et Vergé, § 341, note 5; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 287, note 7, 5e édit., p. 474, note 7; Laurent, XV, n. 442. — Civ. cass., 7 juil. 1812, S. chr., IV. 1. 146. — Douai, 14 mars 1882, D. P., 82. 2. 237.

IV. *Contrats consensuels; contrats solennels. — Existe-t-il en droit français des contrats réels?*

21. α. Les contrats *consensuels* sont ceux à la perfection desquels le seul consentement des parties suffit, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le mandat et beaucoup d'autres. — Il importe peu qu'aucun écrit n'ait été dressé : l'écrit peut avoir de l'importance au point de vue de la preuve du consentement, si l'une des parties en conteste l'existence; mais il n'est pas nécesaire pour la formation du contrat dont ce consentement est la base. L'une des parties, qui d'ailleurs ne nierait pas avoir consenti, ne pourrait donc pas se dédire, sous prétexte que le contrat n'a pas été constaté par l'écriture. — Peu importe aussi que le contrat n'ait pas été suivi d'exécution, par exemple, que, dans une vente, le vendeur n'ait pas livré la chose, ou que l'acheteur n'ait pas payé le prix; cette circonstance est indifférente au point de vue de la perfection du contrat, au point de vue de la formation des obligations qui en dérivent.

En principe, les contrats sont consensuels dans notre droit (1).

(1) Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, sect. I, n. 8 (édit. Rémy, I, p. 125). — En droit romain, au contraire, le simple consentement ne suffisait pas pour que la convention fût civilement obligatoire. L. 7, §§ 4 et 5, D., *De pactis*, II, 14. Paul, *Sent.*, II, 14, § 1. Tout contrat supposait essentiellement ou un élément formel ou un élément réel. Le droit civil reconnut, il est vrai, de bonne heure, quatre contrats consensuels. Dans la suite, les préteurs et les empereurs attachèrent aussi la force obligatoire à plusieurs pactes. Mais le principe n'en subsista pas moins. On le retrouve dans le code de Justinien. D'après la plupart des auteurs qui ont écrit récemment en Allemagne, l'ancien droit germanique ne différait pas du droit romain sur ce point. Il ignorait les contrats consensuels et admettait seulement un contrat formaliste, qu'on appelai *fides facta*, et des contrats *re*. V. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 6-8. Il en fut de même dans le vieux droit français, non seulement pendant la période franque, mais encore au début de notre droit coutumier. Esmein, *op. cit.*, p. 20 et s. Ce fut seulement au XIIIe siècle que triompha le principe que le consentement oblige par lui-même. Esmein, *op. cit.*, p. 34 s. Loysel exprime cette règle d'une façon pittoresque : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ». *Instit. cout.*, liv. III, tit. I, règle 2. Il fait précéder cette proposition d'un bien vieil adage, qui, à ses yeux, rend la même pensée : « Convenances vainquent loy ». Mais ce dicton se trouve certainement détourné de son sens primitif. V. Esmein, *op. cit.*, p. 28 *in fine*-30.

Cette règle souffre exception relativement aux contrats *solennels*, et aussi, d'après nous et la plupart des auteurs, relativement à certains contrats dont la formation est subordonnée à la remise d'une chose [1].

22. β. On désigne sous le nom de contrats *solennels* ceux que la loi soumet à une certaine formalité qu'elle prescrit à peine d'*inexistence* du contrat. Le consentement des parties est bien nécessaire pour la perfection de ces contrats comme de tous les autres, mais il ne suffit pas : il n'a aucune valeur aux yeux de la loi, s'il n'est pas manifesté dans les formes prescrites par celle-ci. En l'absence de ces formes, chaque partie est autorisée à dire : « J'ai consenti, je le reconnais; mais je refuse de faire ce que j'ai promis de faire, parce que mon consentement n'ayant pas été donné dans la forme légale, ne m'oblige pas » [2]. C'est donc ici la forme qui donne l'existence à la chose [3].

La liste des contrats solennels n'est pas longue dans notre droit civil. Elle comprend deux contrats relatifs aux personnes : le mariage et l'adoption, et cinq relatifs aux biens : la donation (art. 931), le contrat de mariage (art. 1394, al. 1), le contrat hypothécaire (art. 2127), la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250-2°), et la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme mariée (loi du 23 mars 1855, art. 9).

Ne doit-on pas cependant ajouter à cette énumération le bail à domaine congéable ? Aux termes de l'art. 14 de la loi du 7 juin 1791, ce bail doit être « rédigé par écrit ». D'après certains auteurs, il résulte de ces expressions que l'écriture est exigée pour la formation même du contrat; il faudrait

(1) V. *infra*, n. 23.

(2) Aussi, quand les parties passent des contrats de ce genre, ont-elles l'habitude, pour ne pas faire un acte nul, de se soumettre aux exigences de la loi quant à la forme : les formes prescrites sont donc ici *usitées*, parce qu'elles sont de rigueur, et c'est pourquoi, au dire de M. de Savigny, ces contrats ont été appelés *solennels*, de *solere*, *solemnis*.

(3) C'est là un point qui paraît avoir été méconnu par Larombière. On dirait bien, en effet, que l'éminent magistrat voit simplement dans la solennité un moyen de preuve, I, p. 40 (art. 1108 n. 4). Si telle est réellement sa pensée, il n'est pas douteux qu'elle soit inexacte.

donc répondre affirmativement [1]. Mais, selon M. Planiol, la disposition précitée règle simplement une question de preuve, car, si elle exige un écrit, elle ne dit pas que cet écrit doive être authentique. On devrait l'expliquer comme la disposition de l'art. 2044 C. civ., relative à la transaction, et comme celle de l'art. 2085 du même code, relative à l'antichrèse [2]. Nous ne ferons qu'indiquer cette controverse.

Ainsi, sous l'empire du Code, la règle est que les contrats sont non solennels, c'est-à-dire que leur existence n'est pas subordonnée à la réalisation de certaines formes [3]. Mais, à raison de la liberté qui, dans notre législation, préside aux conventions, rien n'empêcherait les parties de rendre solennel un contrat qui, de sa nature, n'a pas ce caractère, en stipulant que certaines formes, par exemple la rédaction d'un acte notarié, seront une condition de l'existence même de ce contrat [4].

23. γ. Existe-t-il en droit français des contrats dont la formation suppose la tradition d'une chose? Presque tous les auteurs se prononcent pour l'affirmative. Nous croyons que c'est avec raison, en tant, du moins, qu'il s'agit de déterminer le système de notre code civil. En droit romain le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage étaient des contrats *re*, c'est-à-dire des contrats dont la formation était subordonnée à la remise de l'objet. Il en est de même en droit français. Hâtons-nous, toutefois, de relever entre les deux législations une très importante différence. En droit romain, la promesse,

(1) Guillouard, *Tr. du contr. de louage*, II, n. 648; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contr. de louage*, II, n. 1471.

(2) Planiol, II, 1re édit., n. 1034, al. 2, 2e et 3e édit., n. 993, al. 2. — V. sur l'art. 2044, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la transaction*, n. 1219, et sur l'art. 2085, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*,... I, n. 174.

(3) En principe, dans le C. civ. allemand, les contrats ne sont pas solennels. Mais cette règle souffre une très importante exception; car, bien que, dans le système de ce code, le contrat même de vente n'opère pas le transfert de la propriété, mais engendre simplement l'obligation de procéder à ce transfert, les ventes immobilières ne peuvent être faites que par écrit dans la forme judiciaire ou notariée. V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, n. 163, p. 173-174.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 11. — *Sic* Demolombe, XXIV, n. 35; Laurent, XV, n. 448, et tous les auteurs. — Sol. expresse dans C. civ. Montén., art. 500.

suivie d'acceptation, de prêter une chose, de la donner en gage ou de la recevoir en dépôt n'engendrait qu'un simple pacte. En droit français, il en est autrement. Dès avant la livraison de la chose, il y a contrat si les parties conviennent de réaliser entre elles un prêt, un dépôt ou un gage. Mais cette convention, qui est un contrat consensuel et qui donne naissance à l'obligation de former le contrat réel, ne doit pas être confondue avec ce dernier (1).

Ainsi, lorsqu'il intervient une promesse de former un contrat réel et que cette promesse est exécutée, il y a deux contrats successifs. S'il s'agit de prêt ou de nantissement, le rôle respectif des parties n'est pas le même dans les deux contrats. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse du prêt : la première convention rend débiteur le futur prêteur ; quant au futur emprunteur, il devient seulement créancier. La tradition ultérieure de la chose libère le promettant et forme un contrat réel d'où résulte une dette à la charge de l'emprunteur.

Au cas de dépôt, il n'en est pas de même : la promesse de recevoir la chose oblige le futur dépositaire, et c'est encore lui qui est obligé par le contrat naissant de la tradition ; mais, tandis que, par le premier contrat, il s'engage à recevoir l'objet, par le second il se libère de cette obligation et s'engage à restituer.

En résumé, le système du Code civil est le suivant : l'obligation de rendre étant de l'essence des contrats de prêt, de dépôt et de nantissement, la tradition est nécessaire pour la formation de ces contrats.

Telle est, disons-nous, la théorie qui a pour elle presque l'unanimité de la doctrine (2). Elle est combattue par M. Vi-

(1) Cette distinction est soigneusement faite par tous les auteurs cités à la note suivante. Elle est d'ailleurs traditionnelle. V. Pothier, *Prêt à usage*, n. 6 (édit. Dupin, IV, p. 4).

(2) *Sic* Poujol, *Tr. des oblig.*, I, n. 2, p. 45 ; Mourlon, II, n. 1036 ; Colmet de Santerre, V, n. 9 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 284, note 6, et 5e édit., p. 467, note 6 ; Demolombe, XXIV, n. 31-32 ; Larombière, I, p. 35 (art. 1107, n. 6) ; Laurent, XV, n. 445 ; Thiry, II, 551, n. 563 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 462 ; — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 1036 1037, 2e et 3e édit., n. 995-996. — V. spécialement sur le prêt Troplong, *Prêt*, n. 6 ; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 12-13 ; Laurent,

gié (1). Le savant professeur estime que, dans notre législation, tous les contrats sans exception se forment par le simple consentement; que, par conséquent, la tradition de la chose n'est point une condition de la formation du contrat de prêt, de nantissement ou de dépôt, mais bien l'exécution d'une obligation née de ce contrat (2). Celui-ci existe dès le moment où l'une des parties s'est engagée à livrer ou à recevoir, suivant le cas, la chose à laquelle le contrat s'applique.

Nous ne saurions admettre la théorie de M. Vigié, du moins comme interprétation du droit français. Elle nous paraît avoir contre elle les textes et la tradition. Dans notre ancien droit tous les auteurs, notamment Pothier, enseignaient qu'il existait des contrats réels (3). Et cependant, dès le XIIIe siècle,

XXVI, n. 453-454; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 595-597; Planiol, II, n. 2048; sur le prêt à usage, Duranton, XVII, n. 487; Mourlon, III, n. 930; Guillouard, *Tr. du prêt*, p. 8-10, n. 8-9; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 613. — Colmar, 8 mai 1845, S., 47. 2. 117, D. P., 46. 2. 219; sur le prêt de consommation, Duranton, XVII, n. 556; Pont, *op. cit.*, I, n. 136-137; Troplong, *op. cit.*, n. 182-183; Laurent, XXVI, n. 486; Guillouard, *op. cit.*, p. 80-81, n. 68-69; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 700; sur le dépôt, Troplong, *Dépôt*, n. 5; Mourlon, III, n. 1042; Pont, *op. cit.*, I, n. 392; Colmet de Santerre, VIII, n. 130 *bis*-I; Laurent, XXVII, n. 69; Guillouard, *op. cit.*, p. 285, n. 11; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1016; Planiol, II, n. 2205. — Paris, 11 avril 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 333; sur le nantissement, Troplong, *Nantiss.*, n. 25-28; Mourlon, III, n. 1214; Pont, *op. cit.*, II, n. 1042; Colmet de Santerre, VIII, n. 195 *bis*-II; Laurent, XXVIII, n. 435; Guillouard, *Tr. du nant.*, p. 28, n. 20; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et des hyp.*, I, n. 6; Planiol, II, n. 2401. — V. aussi en matière de gage Civ. cass., 18 mai 1898, S., 98. 1. 433. — Cette décision a été critiquée par M. Lyon-Caen (note dans Sirey, sous l'arrêt précité) et par M. Charmont, *Examen doctrinal, Jurisprudence civile, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXVIII, 1899, p. 77-79. — Cpr. Toullier, VI, n. 17, al. 3-5. — D'après cet auteur : « Le Code a passé sous silence la division des contrats en consensuels et réels, parce qu'elle n'est d'aucune utilité dans la pratique ».

(1) Vigié, II, n. 1111, p. 506, III, n. 1015, p. 536-537 (prêt à usage); III, n. 1050, p. 548 (dépôt); III, n. 1200, p. 623-624 (nantissement). — V. dans le même sens Ferdinand Combescure, *Existe-t-il des contrats réels en droit français? Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1903, XXXII, p. 477-491.

(2) « Nous pensons même que cet engagement (l'engagement de faire un *mutuum*, un commodat, un gage, un dépôt) est constitutif du contrat. *La tradition de l'objet en est l'exécution* ». — Vigié, II, n. 1111, al. 3, p. 506.

(3) « On divise les contrats en ceux qui se forment par le seul consentement des parties, et qui, pour cela, sont appelés contrats consensuels, tels que la vente, le louage, le mandat, etc., et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose, outre le consentement : tels sont les contrats de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt, de nantissement, *qui, par la nature du contrat, exigent la tradition de la*

il était de principe, comme aujourd'hui, que les contrats se forment par le seul consentement des parties [1]. Examinant la question au point de vue spécial du prêt à usage, Pothier prévoit l'objection qui est maintenant formulée par M. Vigié. Or il estime qu'elle n'est point fondée. Il le déclare en ces termes : « On dira peut-être que, dans notre droit français, où toutes les conventions, même celles que le droit romain appelait *nuda pacta,* sont valables et produisent des obligations civiles, la convention par laquelle je serai convenu avec vous de vous prêter dans un tel temps, une certaine chose, est valable par le seul consentement des parties, dès avant que je vous aie délivré la chose; et cette convention produit une action contre moi pour m'obliger à vous délivrer la chose dans le temps convenu. Je réponds que cette convention n'est pas le contrat de prêt; c'est seulement une promesse de prêt... Le contrat de prêt ne se formera, que lorsqu'en exécution de cette promesse, je vous aurai délivré la chose » [2].

De nos jours, la question se présente exactement dans les mêmes termes. Rien ne permet, d'ailleurs, de supposer que le législateur ait innové en ce qui la regarde. Dira-t-on qu'il ne pose dans aucun texte spécial le principe de la distinction des contrats consensuels et des contrats réels ? Qu'importe ! lorsqu'il définit chacun de ces derniers, il s'exprime de telle façon que son intention de consacrer la doctrine traditionnelle n'est pas douteuse : « Le prêt à usage ou commodat, dit l'art. 1875, est un contrat par lequel l'une des parties *livre* une chose à l'autre pour s'en servir... ». Et l'art. 1892 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties *livre* à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage... » Quant à l'art. 2071, il déclare que : « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur

chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle contrats *réels* ». *Oblig.*, n. 10 (édit. Dupin, I, p. 10). — V. aussi *Prêt à usage*, n. 6 (même édit., IV, p. 4); *Prêt de consommation*, n. 20, al. 1 (même édit., IV, p. 59); *Dépôt*, n. 7, al. 1er (même édit., IV, p. 153); *Nantissement*, n. 8 et 13 (même édit., VI, p. 607 et 609). — V. aussi Domat, *Lois civiles*, 1re partie, livre Ier, tit. I, sect. I, n. 9 (édit. Rémy, I, p. 126) et tit. V, sect. II, n. 3 (même édit., I, p. 226).

[1] Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 34 s.

[2] Pothier, *Prêt à usage*, n. 6, al. 3 (édit. Dupin, IV, p. 4).

remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ». Si l'on rapproche ces formules de celle que le législateur emploie lorsqu'il parle de la vente, par conséquent d'un contrat consensuel, on constate une différence notable et bien significative : « La vente, dit l'art. 1582, est une convention par laquelle l'un *s'oblige à livrer* une chose... »

Mais c'est surtout l'art. 1919 qui nous paraît décisif. On lit dans ce dernier texte : « *Il* [le dépôt] *n'est parfait que par la tradition* réelle ou feinte de la chose déposée ». Evidemment, cette disposition fait de la remise de la chose une condition de l'existence même du dépôt ; elle ne signifie pas simplement que l'obligation de recevoir la chose n'est exécutée que par la réception de celle-ci, proposition qui constituerait une naïveté (1).

Au surplus, la pensée du législateur, relativement aux contrats dont nous parlons, est parfaitement précisée par les travaux préparatoires. Dans l'Exposé des motifs fait par Berlier pour le titre *Du nantissement,* on lit : « Le nantissement, ainsi que l'indique sa seule dénomination, est un acte par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. Ainsi la mise effective du créancier en possession de la chose appartenant à son débiteur est de *l'essence du contrat* » (2). Les mêmes expressions se retrouvent dans le discours prononcé par le tribun Gary devant le Corps législatif : « La remise de la chose au créancier par le débiteur est de *l'essence du contrat* » (3). *De l'essence,* la seule signification dont ces mots soient susceptibles, c'est que la remise de la chose est une condition de l'existence même du contrat.

Et il n'est pas indifférent, au point de vue pratique, de constater que tel est le système de notre législation. Lorsque le contrat de prêt ou de nantissement est précédé d'une convention tendant à la réalisation de ce contrat, il faut, d'après

(1) V. notamment sur cette disposition Laurent, XXVI, n. 69 ; Guillouard, *Nantissement,* p. 28, n. 20 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt,* n. 1016.

(2) Fenet, XV, p. 204, al. 1 et 2 ; Locré, XVI, p. 23, n. 2.

(3) Fenet, XV, p. 214, al. 2 ; Locré, XVI, p. 37, n. 2. — La cour de cassation a reproduit cette formule dans son arrêt précité du 18 mai 1898.

nous, distinguer deux contrats successifs. Or, chacun de ces contrats est unilatéral : la partie à la charge de laquelle le second contrat produit une obligation jouait exclusivement dans le premier le rôle de créancier, et, en sens inverse, la partie que le second contrat rend créancier jouait exclusivement dans le premier le rôle de débiteur. Il s'ensuit que la disposition de l'art. 1325 n'est applicable ni à l'un, ni à l'autre de ces contrats.

Dans la théorie de M. Vigié, au contraire, l'engagement de livrer une chose à titre de prêt ou de nantissement réalise par lui-même le contrat de nantissement ou de prêt et, par conséquent, engendre des obligations à la charge de chacune des parties : « Pour nous, dit M. Vigié à propos du prêt à usage, nous serions amené à dire que le contrat est synallagmatique; sa formation fait naître à la charge *de chaque partie* des obligations parfaitement déterminées et *se produisant dans tout contrat de commodat* » (1). Donc, si la livraison n'a

(1) Il ne s'ensuit pas, toutefois, qu'il naisse des obligations de part et d'autre dès la formation du contrat. « Sans doute, dit encore M. Vigié, tant qu'il n'y aura qu'une convention de gage, sans tradition de la part du constituant, l'obligation de restituer *ne naîtra pas* pour le gagiste. » (III, n. 1200, p. 624). Ainsi, l'obligation de livrer et l'obligation de rendre naissent successivement. Mais il n'en existe pas moins entre elles une relation intime et nécessaire. Elles sont toutes deux principales. Etant donné le but du contrat, la seconde de ces obligations est, comme la première, normale et essentielle. On ne peut donc pas dire que le prêt et le nantissement sont (pour parler comme certains auteurs) des contrats *synallagmatiques imparfaits*. Les contrats ainsi qualifiés n'engendrent nécessairement d'obligation qu'à l'encontre de l'une des parties. Des événements postérieurs à la convention et purement accidentels pourront produire des obligations à la charge de l'autre contractant. Mais ces dernières obligations peuvent naître ou ne pas naître; elles sont simplement éventuelles et secondaires. Dans les contrats de nantissement ou de prêt, l'obligation de restituer présente des caractères tout différents; ces contrats la comportent d'après leur nature même, et, par suite (toujours pour employer la même terminologie, que nous critiquons d'ailleurs), ce sont des contrats *synallagmatiques parfaits*.

A ce propos, faisons observer que la doctrine de M. Vigié exige qu'on modifie la définition du contrat synallagmatique; il ne faut plus dire, comme on le fait généralement, que ce contrat engendre *immédiatement* et *en même temps* des obligations réciproques. — V. *supra*, n. 10-11. — Ainsi qu'on vient de le voir, la *simultanéité*, si l'on admet cette théorie, n'existe pas toujours dans la naissance des obligations corrélatives. Il faut dire simplement que le contrat synallagmatique fait naître des deux côtés des obligations *principales*. — M. Ferdinand Combescure, dans l'article précité (*supra*, p. 25, note 1), attribue aux quatre contrats réels le caractère bilatéral : « Le contrat synallagmatique, selon l'opinion cou-

pas lieu au moment du contrat, l'acte sous-seing-privé constatant celui-ci doit être fait en deux originaux. Arg. art. 1325.

Un autre intérêt apparaît lorsqu'on promet un prêt de consommation et que ce prêt a pour objet une chose déterminée, par exemple la barrique de vin qui est dans ma cave, le blé qui se trouve dans mon grenier. En pareil cas, à quel moment la propriété de la chose est-elle transférée, à partir de quel moment les risques sont-ils à la charge de l'emprunteur (¹)? Si l'on partage l'opinion générale quant à la nature du contrat de prêt, on peut soutenir, et, d'après nous, on doit soutenir que la translation ne s'opère que lors de la tradition, c'est-à-dire de la formation du contrat réel. La disposition de l'art. 1138, al. 2, il est vrai, semblerait commander la solution opposée. Mais cette disposition énonce le principe général; or il est apporté exception à ce principe par l'art. 1893, ainsi conçu : « *Par l'effet de ce prêt* l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive ». C'est donc le prêt lui-même, le contrat dont il vient d'être question dans l'art. 1892, le contrat « par lequel l'une des parties *livre* à l'autre une certaine quantité de choses » et non pas la promesse de prêt, qui déplace la propriété et les risques (²).

Dans la théorie de M. Vigié la question ne saurait se poser.

rante, est, dit-il, celui où l'obligation d'une partie sert de cause à l'obligation de l'autre et inversement : il est bien évident que, dans les quatre contrats dits réels, l'obligation de l'une des parties de remettre la chose est la cause de la restitution qui incombe à l'autre partie; à l'inverse, l'obligation de restituer la chose est la cause de la remise de cette chose. Ainsi, d'après nous, le mutuum, le commodat, le *dépôt*, le gage sont des contrats parfaitement synallagmatiques ». *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXII, 1903, p. 487. — Outre que nous pouvons adresser à M. Combescure la même critique générale qu'à M. Vigié, nous lui ferons observer que, dans le dépôt, les deux obligations successives naissent à la charge du même contractant, et que, par suite, — ferait-on abstraction de la condition de simultanéité des engagements, — il serait impossible de considérer le dépôt comme un contrat bilatéral.

(¹) Il ne peut être question de cette difficulté quand le prêt de consommation a pour objet des choses indéterminées. Alors, en effet, nécessairement, c'est la tradition qui réalise le transfert de propriété et qui déplace les risques.

(²) Duranton, XVII, n. 614; Troplong, *Prêt*, n. 184; Pont, *op. cit.*, I, n. 138; Laurent, XXVI, n. 486, p. 499-502; Guillouard, *Tr. du prêt*, n. 69, p. 81; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 702. — Cpr. Huc, XI, n. 168, p. 221-223.

Si, en effet, il ne se forme dans notre hypothèse qu'un contrat consensuel, c'est évidemment par le simple effet de la convention et dès avant la livraison de la chose que la propriété et les risques passent sur la tête de l'emprunteur [1].

Toutefois, ainsi que nous l'avons indiqué, c'est seulement comme interprétation de notre droit que le système de M. Vigié ne nous paraît pas fondé. D'après le législateur français, certains contrats ne peuvent se former que s'il y a tradition. Mais nous reconnaissons qu'en pure théorie cette solution peut donner lieu à de sérieuses critiques. Ce qui a paru décisif aux rédacteurs de notre code civil, comme à Pothier, c'est que l'obligation de restituer la chose ne saurait naître avant que celle-ci ait été livrée [2]. Sans doute, mais il ne s'ensuit point que cette obligation ne puisse pas naître plus ou moins longtemps après la formation du contrat. Le locataire, lui aussi, n'est tenu de rendre la chose louée que lorsqu'elle lui a été livrée. Cela n'empêche pas que le louage soit un contrat consensuel. Et, ce caractère, il le conserve après que la livraison a été faite. Puisque, dans notre droit, l'engagement de faire un prêt, de recevoir un dépôt ou de donner un gage est valable par lui-même, pourquoi décider que la remise ultérieure de la chose aura pour effet de former un nouveau contrat, un contrat réel? Cette complication est inutile. On comprend donc qu'en législation les conventions dont nous parlons soient considérées comme des contrats consensuels.

C'est ce dernier principe qui a été consacré par le Code fédéral des obligations, ainsi qu'il résulte des dispositions

(1) « Il résulte de là... que la propriété se transfère par le contrat de prêt *suivant les règles générales applicables aux obligations de donner*, et que l'emprunteur, dans le prêt pur et simple, a la chose prêtée à ses risques d'une manière absolue, à partir de la formation du contrat (art. 1893 C. civ.) ». Vigié, III, n. 1028, p. 540. — Dans le même sens Duvergier, *Prêt*, n. 146; Mourlon, III, n. 961, al. 5; Boileux, VI, p. 396.

(2) « On ne peut concevoir de contrat de *prêt à usage*, si la chose n'a été délivrée à celui à qui on en accorde l'usage; l'obligation de rendre la chose, qui est de l'essence de ce contrat, ne pouvant pas naître avant que la chose ait été reçue ». Pothier, *Prêt à usage*, n. 6, al. 2 (édit. Dupin, IV, p. 4). — « Le prêt à usage est une de ces sortes de conventions où l'on s'oblige à rendre une chose, et où, par conséquent, l'obligation ne se contracte que par la délivrance de la chose prêtée ». — Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, tit. V, sect. 2, n. 3 (édit. Rémy, I, p. 226).

suivantes : « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel le prêteur *s'oblige à livrer* une chose à l'emprunteur pour s'en servir gratuitement... » Art. 321. « Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur *s'oblige à transférer* à l'emprunteur la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles... » Art. 329 (1). « Le dépôt est un contrat par lequel le dépositaire s'*oblige* envers le déposant *à recevoir* une chose mobilière... » Art. 475 (2).

V. *Contrats principaux ; contrats accessoires.*

24. « Les contrats *principaux,* dit Pothier, sont ceux qui existent principalement et pour eux-mêmes », comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt. Les contrats *accessoires* sont ceux qui interviennent pour assurer l'exécution d'un autre contrat : tels sont le cautionnement et l'hypothèque » (3). L'intérêt de cette distinction consiste en ce que les premiers ont une existence indépendante, tandis que le sort des seconds est lié à celui des contrats principaux auxquels ils sont subordonnés. C'est ainsi que l'annulation du contrat d'où résulte la dette cautionnée fait tomber le cautionnement même.

(1) Après avoir rappelé qu'en droit romain et en droit français le prêt constitue un contrat réel et unilatéral, M. Virgile Rossel s'exprime ainsi : « Les rédacteurs de notre code *ont changé tout cela* (cf. art. 321 et 329) et donné au prêt, à certains égards, le caractère d'un contrat *synallagmatique et consensuel,* en disant dans leur définition : « Le prêteur s'*oblige* à livrer... ou à transférer la propriété, tandis qu'en droit français le contrat n'existe que par la livraison ». *Manuel du dr. fédéral des oblig.*, p. 401, n. 420. — V. aussi même ouvrage, p. 403, n. 423.

(2) « Tandis qu'en droit français le dépôt appartient à la famille des contrats réels en ce qu'il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose, il est, en droit fédéral, un contrat *consensuel,* puisqu'il est formé dès qu'il y a promesse de recevoir l'objet du dépôt ». Virgile Rossel, *op. cit.*, p. 553, n. 631. — Mais il semble qu'en ce qui regarde le gage, le Code fédéral des obligations a laissé subsister le caractère de contrat réel : « Le nantissement, qui est la forme du gage en droit fédéral, est l'un de ces contrats qu'on appelle en doctrine synallagmatiques imparfaits ; effectivement, il ne naît à l'instant du contrat qu'une obligation, *celle du créancier de restituer la chose reçue en gage,* lorsque la dette sera acquittée ». V. Rossel, *op. cit.*, p. 273, n. 261.

(3) *Oblig.*, n. 14 (édit. Dupin, I, p. 12).

§ II. *Des trois choses qu'on doit distinguer dans tout contrat.*

25. D'après Pothier, il y a lieu de distinguer dans chaque contrat : 1° les choses essentielles ; 2° les choses naturelles ; 3° les choses accidentelles.

1° « Les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat ». Ainsi sont essentiels dans le contrat de vente, la chose et le prix. A défaut de l'un de ces éléments, il n'y a pas de contrat, et, si le prix consiste en une chose autre qu'une somme d'argent, il y a échange et non pas vente.

2° Les choses *naturelles* sont celles qui sont sous-entendues dans le contrat, lorsque les parties ne se sont pas expliquées, mais qui, n'étant pas de l'essence du contrat, peuvent en être écartées par une stipulation formelle. Telle est la garantie dans le contrat de vente ; les parties n'ont pas besoin de la stipuler pour qu'elle soit due ; mais elle peuvent l'écarter par une stipulation expresse (art. 1627), sans que pour cela le contrat cesse d'exister ou change de nature. Ce sera toujours une vente, mais une vente sans garantie.

3° Les choses accidentelles sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y peuvent être renfermées qu'en vertu d'une clause particulière : par exemple, dans la vente, le terme accordé à l'acheteur pour le paiement du prix ou la faculté de payer le prix par fractions [1].

La loi va s'occuper, dans le chapitre II, des choses essentielles à la validité des conventions en général.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS

26. Aux termes de l'art 1108 : « *Quatre conditions sont* » *essentielles pour la validité d'une convention : — Le consen-*

[1] *Op. cit.*, n. 5-8.

» *tement de la partie qui s'oblige ; — Sa capacité de contrac-* » *ter ; — Un objet certain qui forme la matière de l'engage-* » *gement ; — Une cause licite dans l'obligation* ». Cet article ne dit pas assez quand il déclare que les diverses conditions énumérées dans sa disposition sont nécessaires pour la validité de la convention. De ces quatre conditions, il y en a une, sans doute, la capacité de contracter, qui contribue simplement à rendre la convention valable : à défaut de cette condition, en effet, la convention ne serait pas inexistante, mais seulement nulle ou annulable, et, par suite, pour la faire tomber, il faudrait exercer une action en nullité. Arg. art. 1125. Mais les trois autres conditions sont requises pour l'existence même de la convention, de sorte que leur absence rendrait cette dernière inexistante (1). En d'autres termes, il n'y aurait pas convention (2). On peut donc reprocher au législateur de s'être exprimé comme si les quatre conditions dont il parle avaient la même importance (3).

Dans les contrats dits *solennels,* outre les conditions énumérées dans l'art. 1108, il en est une indispensable pour la validité et même pour l'existence du contrat : c'est l'observation des formes prescrites par la loi. Notre article a pu se dispenser de la mentionner, soit parce qu'il indique simplement les conditions requises pour la validité ou l'existence de toutes les conventions en général, soit parce que, dans les contrats solennels, l'absence de la forme peut paraître se confondre avec l'absence du consentement, en ce sens que

(1) V. pour la distinction des actes annulables et des actes inexistants, notre tome III, n. 1929 s.

(2) Laurent, XV, n. 450; Huc, VII, n. 10, p. 19. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 13 *bis*-II; Demolombe, XXIV, n. 41 ; Thiry, II, n. 565. — Aussi préférons-nous à la rédaction de notre art. 1108 celle de l'art. 1261 du C. civ. espagnol ainsi conçu : « Il n'y a de contrat que lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1° Le consentement des contractants; 2° Un objet certain qui est la matière du contrat; 3° Une cause de l'obligation qui s'établit ». Nous verrons d'ailleurs, que, dans cette disposition, le législateur espagnol aurait dû s'écarter encore de la loi française en s'abstenant de mentionner la cause comme une condition spéciale de la formation des contrats. — V. *infra,* n. 321-327. — V. Trib com. Seine, 13 déc. 1897 (contrat qui, faute d'objet, n'a pas pu se former), *Droit,* 30 janv. 1898.

(3) V. cep. Marcadé, IV, n. 393.

celui-ci n'a pas d'existence aux yeux de la loi quand il n'est pas manifesté dans la forme prescrite [1].

SECTION PREMIÈRE

DU CONSENTEMENT [2].

27. Le consentement est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un même point; il est la résultante de deux ou plusieurs volontés qui s'unissent [3]. On voit que le consentement est nécessairement un acte bilatéral, à la différence de la volonté qui est un acte unilatéral; je puis bien vouloir seul, mais je ne peux pas consentir seul, puisque le consentement est un concours de volonté [4]. Ceci nous amène à faire une remarque : du moment que le législateur s'occupe, dans notre titre, « des obligations *conventionnelles* », c'est-à-dire de celles qui naissent des conventions, il aurait dû ne pas mentionner simplement, dans l'art. 1108, comme condition de leur formation « le consentement *de la partie qui s'oblige* », car il semble ainsi donner à entendre que la volonté de la partie envers laquelle l'obligation est contractée n'est pas nécessaire. Toutes les parties doivent avoir l'intention de former l'obligation, car l'accord qui constitue le consentement n'existe que lorsque la volonté de chacune d'elles s'est unie à celle de toutes les autres [5].

27 I. Longtemps on a considéré le consentement comme

(1) Laurent, XV, n. 457.

(2) V., pour comparer notre législation au droit allemand, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, par R. Saleilles (Paris, F. Pichon, 1901).

(3) Nous rappelons que *consentement*, *consensus*, vient de *cum* et de *sentire*. L. 1, § 2, D., *De pactis*, II, 14.

(4) Les rédacteurs du C. civ. espagnol ont encore mis à profit cette critique : « Le consentement se manifeste par les concours de l'offre et de l'acceptation sur la chose et la cause qui doivent constituer le contrat ». Art. 1262, al. 1.

(5) Sur ce point également les auteurs des codes civils qui ont paru à des époques relativement récentes ont corrigé le texte français. C'est ainsi que l'art. 1104 du C. civ. italien, qui reproduit en principe notre art. 1108, exige « le consentement valable des contractants ». De même, d'après l'art. 1261, précité, du C. civ. espagnol, il faut « le consentement des contractants ». A vrai dire ces deux codes auraient pu s'exprimer plus brièvement et exiger simplement « le consentement ».

l'essence même des contrats. Mais, dans la seconde moitié du XIXe siècle, certains auteurs allemands se sont insurgés contre cette idée (1). D'après eux l'élément constitutif des contrats n'est pas l'accord des volontés envisagées en elles-mêmes et telles qu'elles existent dans les âmes des parties, mais bien la coïncidence des volontés déclarées, des volontés extériorisées, bien que celles-ci puissent différer des volontés réelles. Le juge, quand il s'agit pour lui de reconnaître l'existence d'un contrat, n'a pas à se préoccuper du point de savoir si le débiteur a entendu s'engager. Sa mission est de donner satisfaction à l'utilité publique, au crédit social, qui exige l'efficacité des contrats. Cependant ces auteurs reconnaissent que la déclaration de volonté ne peut engendrer l'obligation que si elle est voulue ; l'auteur de la déclaration doit, au moment où il la fait, avoir conscience qu'elle est de nature à faire croire à l'autre partie qu'il entend s'engager (2). Mais, s'il en est ainsi, ne faut-il pas, pour soutenir qu'il y a intérêt à abandonner la théorie classique, abuser des subtilités d'école et imaginer des hypothèses dépourvues de toute portée pratique, notamment le cas d'une réserve mentale (3) ?

On fait observer aussi que, le plus souvent, lors de la formation d'un contrat, par exemple d'un contrat de mariage, ou d'une constitution d'hypothèque, les parties ne prévoient pas et ne peuvent même pas prévoir tous les effets qu'il produira. Chacune d'elles a la volonté de faire une déclaration en vue du contrat qu'elle se propose de former, mais non la volonté d'obtenir les résultats juridiques de ce contrat. En un mot, pour employer la terminologie de la nouvelle doctrine allemande, la notion de contrat suppose « la volonté de la déclaration », mais non « la volonté de l'effet ». Or, dit-on, des obligations auxquelles les parties n'ont pas songé ne sauraient avoir pour source le consentement. Aussi va-t-on jus-

(1) V. pour l'exposé critique des nouvelles doctrines allemandes, Georges Dereux, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, *Rev. crit. de legisl. et de jurispr.*, nouvelle série, t. XXX, 1901, p. 513-535, et t. XXXI, 1902, p. 105-124.

(2) V. surtout O. Bülow, *Das Geständnissrecht*, p. 106 s.

(3) Dereux, *op. cit.*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouvelle série, XXX, 1901, p. 532 *in fine*, 533 et 534. — V. aussi Saleilles, *De la déclaration de volonté*, *passim*, notamment p. 196 s.

qu'à nier l'existence d'obligations conventionnelles [1]. Nous répondons que les parties ont volontairement posé le principe qui engendre leurs obligations secondaires. Celles-ci ont donc été *implicitement* voulues. On ne conçoit même pas qu'un contrat se forme si les parties ne se rendent pas compte de sa nature et ne prévoient pas ceux de ses effets qui le caractérisent et dont les autres ne sont que le développement [2].

28. Qu'il ne puisse pas y avoir d'obligation *conventionnelle* sans accord de deux ou plusieurs volontés, nous dirons que c'est de l'évidence ! Mais une personne ne peut-elle pas faire naître une obligation à sa charge par une simple manifestation de sa volonté, sauf aux juristes à faire observer, pour prévenir l'usage d'une expression impropre, que cette obligation ne doit pas être qualifiée de conventionnelle? La doctrine et la jurisprudence françaises répondent négativement, et il faut bien reconnaître que, de leur part, l'opinion contraire romprait avec une tradition qui, jusque dans ces derniers temps, a été toujours considérée comme inébranlable [3].

(1) O. Bülow, *loc. cit.*

(2) Planiol, II, 3e édit., n. 944, al. 3, p. 320.

(3) Pothier, se faisant l'interprète de cette tradition, énonçait comme un véritable axiome la proposition suivante : « De même que je ne puis pas, par ma seule volonté, transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même je ne puis pas, par ma promesse, accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse ». *Oblig.*, n. 4, al. 2. On trouve cependant en droit romain deux cas où, par exception, une obligation naissait de la simple manifestation unilatérale de la volonté. Nous voulons parler du vœu ou promesse faite à un dieu et de la pollicitation ou promesse faite à une cité. La première de ces institutions appartenait au droit sacré ; la seconde, au droit public. L'auteur du vœu était obligé par sa promesse dès le moment où elle était faite et sans qu'il fût besoin qu'il recourût à des formes solennelles. Il était lié non seulement au point de vue religieux, mais même au point de vue civil. C'est, du moins, ce qui était admis au temps d'Ulpien, L. 2, pr., D., *De pollicit.*, L. 12.

Et il est très probable qu'en conséquence, les prêtres du dieu auquel s'adressait la promesse pouvaient exercer une action pour en poursuivre l'exécution. Evidemment, il ne se formait point de contrat entre le promettant et la divinité. On a prétendu, il est vrai, qu'au moment de la réalisation du fait que le vœu avait pour but d'obtenir, le dieu, auquel s'était adressé le promettant, pouvait être considéré comme manifestant son acceptation, et que, par suite, le contrat se formait alors. Mais ce qui prouve bien que la réalisation du fait désiré constituait simplement l'accomplissement d'une condition, c'est que le vœu n'était pas moins obligatoire

On peut même constater d'une façon spéciale, que les rédacteurs du Code civil ne paraissent pas avoir soupçonné la possibilité d'une obligation créée par la seule volonté du débiteur. Cela n'a rien qui puisse nous surprendre ; car, *a priori* du moins, il semble qu'il est inique, peu rationnel et, dans tous les cas, absolument inutile de considérer quelqu'un comme lié par une offre que personne n'a acceptée. Mais, d'après une théorie qui, récemment, a pris naissance en Alle-

quand il était fait par reconnaissance d'une faveur déjà obtenue, hypothèse qui excluait l'intervention ultérieure du dieu. René Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, p. 65, 73 et 81.

La pollicitation ou promesse faite à une cité, qui, elle aussi, ne parait pas antérieure à l'Empire, avait la même force obligatoire que le vœu. Les représentants de la cité exerçaient au besoin une action pour la faire exécuter. Paul, L. 8, D., *De pollicit.*, L, 12. Mais, tandis que le vœu, à raison de son caractère pieux, était toujours valable comme déterminé par un motif légitime, la pollicitation n'était obligatoire que si elle avait une juste cause. Tel était le cas lorsqu'elle était faite à raison d'une calamité publique ou en considération d'une magistrature municipale qui avait été déjà décernée ou devait être décernée au promettant. La pollicitation devenait aussi valable par un commencement d'exécution. L. 1, § 1 et 2, D., *eod. tit.* Mais, d'après Pothier, la force obligatoire de la pollicitation était une création arbitraire du droit civil. *Oblig.*, n. 4, al. 3.

Le vœu et la pollicitation sont-ils les seules institutions qui, en droit romain, comportassent la création d'une obligation par la volonté unilatérale? Rien ne permet de supposer que, dans le cas de promesse faite à une personne indéterminée, par exemple dans le cas de promesse de récompense, une action fût accordée à la personne qui réclamait l'exécution. Il est donc absolument vraisemblable que cette promesse n'engendrait qu'une obligation naturelle. Worms, *op. cit.*, p. 39. Quant à la stipulation pour une personne déterminée, mais étrangère au contrat, c'est seulement par exception qu'elle faisait naître une action au profit de cette personne, et encore l'existence de cette action n'a-t-elle été admise que dans le dernier état du droit. L. 3, C., *De donat. quæ sub modo*, VIII, 45, *Const. de Dioclétien et de Maximien.* Quand ce résultat se produisait, l'obligation du promettant au regard du tiers avait bien pour source la volonté unilatérale, car aucune convention n'avait eu lieu entre le tiers et le promettant ; mais cette obligation s'appuyait sur celle qui avait pris naissance au profit du stipulant, et qui, celle-ci du moins, avait bien le caractère contractuel. Ainsi l'on peut dire que, dans l'esprit des jurisconsultes romains, la force de l'engagement né au profit du tiers provenait de ce que cet engagement était l'accessoire, le corollaire d'un contrat. Worms, *op. cit.*, p. 32 et 80.

Le droit germanique a recueilli sur ces divers points l'héritage du droit romain, et, dans la suite, du vœu et de la pollicitation ramenés à une institution unique, il a fait la promesse de fondation. Le droit canonique a, lui aussi proclamé la force des promesses faites à Dieu ; mais l'ancien droit français se refusait à voir dans les pollicitations une source d'obligations. Worms, *op. cit.*, p. 87-88. Après avoir posé le principe de la nécessité d'un contrat pour la formation des engagements, Pothier ne signale comme ayant fait exception à cette règle en droit romain que

magne [1] ou, plus exactement, a été développée par des jurisconsultes de ce pays [2], on peut être lié par la simple déclaration de sa volonté. La plupart des partisans de cette théorie n'admettent, il est vrai, ce résultat que dans certains cas particuliers [3]; ils maintiennent donc en principe la

la pollicitation, et il ajoute : « On ne doit plus mettre en question s'il y a des pollicitations obligatoires dans notre droit français : l'ordonnance de 1731, art. 3, ayant déclaré qu'il n'y aurait plus que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament, il s'ensuit qu'elle rejette la pollicitation » *Oblig.*, n. 4, *in fine*.

A l'imitation du droit romain le plus récent, l'ancien droit français estimait que la stipulation pour autrui engendrait quelquefois une obligation au profit du tiers désigné par le stipulant. Mais nos vieux auteurs étaient divisés sur le point de savoir à quel moment ce tiers acquérait un droit : était-ce immédiatement ou seulement après avoir manifesté son acceptation ? L'intérêt de la question provenait de ce que, dans le premier système, le stipulant pouvait, en révoquant la stipulation pour autrui avant qu'elle fût acceptée, empêcher le tiers de devenir créancier. Pothier, *Oblig.*, n. 73. On peut soutenir que les deux opinions impliquaient la formation d'un engagement par la seule volonté du débiteur. Mais, en ce qui concerne la première tout au moins, c'est là un point incontestable : si le tiers était pourvu d'une action dès la conclusion du contrat auquel il était étranger, comment son droit n'eût-il pas résulté d'une simple promesse ? Mais, dans cette hypothèse, comme nous l'avons dit plus haut, quand nous avons examiné la question en droit romain, l'obligation qui naît au profit d'autrui, si elle n'a pas le caractère contractuel, n'en est pas moins la conséquence d'un contrat. Cette solution ne saurait donc nous empêcher de dire qu'en aucune hypothèse, suivant l'ancien droit français, la simple promesse n'était obligatoire par elle-même.

(1) Si cette théorie a trouvé faveur en Allemagne, cela peut s'expliquer notamment par ce fait, que ce pays a adopté les quelques institutions romaines qui impliquaient un engagement produit par la volonté unilatérale. Worms, *op. cit.*, p. 88,

(2) M. Edouard Lambert fait observer, avec raison, que la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté avait été soutenue, dans notre ancien droit, en matière de donations, par le président Favre, qui l'attribuait faussement à Justinien. Il appelait pollicitation ce que les auteurs allemands désignent sous la dénomination d'engagement par déclaration unilatérale de volonté; mais, si le mot est différent, l'idée est certainement la même. Ainsi, à vrai dire, ce n'est pas l'invention de cette théorie, mais simplement son extension qui est due aux jurisconsultes d'Allemagne. *La stipulation pour autrui* (thèse), *Droit français*, n. 43, p. 52-54.

(3) Ces cas particuliers sont les suivants : 1° la promesse de fondation; 2° la stipulation pour autrui, dont les applications les plus intéressantes sont l'assurance sur la vie au profit d'une tierce personne déterminée, le titre à ordre et aussi, d'après nous, le titre au porteur; 3° l'offre de vente ou d'achat et l'offre de récompense. Le nouveau code civil de l'Empire d'Allemagne reconnaît la force obligatoire de la volonté unilatérale en ce qui concerne : 1° l'offre faite avec assignation d'un délai pour l'acceptation; 2° le titre au porteur; 3° la promesse de récompense;

nécessité de l'acceptation de l'offre; mais ils ont, en général, une tendance à multiplier facilement les applications de la nouvelle théorie, dussent-ils accepter ensuite des solutions qui ne s'harmonisent pas avec leur principe. Bien plus ! suivant un auteur français, M. Worms, si l'on estime, comme il le fait, que l'offre est obligatoire par elle-même dans le cas où un délai est accordé pour l'acceptation, il n'y a pas de raison pour ne pas dire que, même dans les contrats, les engagements découlent de la volonté unilatérale. Pourquoi, en effet, lorsqu'une volonté concourt avec une autre, aurait-elle moins de puissance que si elle était isolée ? Il s'ensuivrait notamment que, dans les contrats synallagmatiques, chacune des obligations aurait uniquement pour source l'intention de celui à qui elle incombe (1). On ne saurait évidemment transporter cette théorie dans un commentaire du Code civil (2). Mais, si l'on recherche les principes que supposent certaines

4° la promesse de fondation; 5° et aussi, mais d'une façon moins nette, en matière de stipulation pour autrui. De plus l'exposé des motifs de la rédaction pour la première lecture fait observer que le droit commercial devrait consacrer le même principe pour le titre à ordre. — Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, n. 138-144. — Cpr. Wahl, *Tr. th. et prat. des titres au porteur*, I, n. 255. — De ces diverses applications de la nouvelle théorie, la plus intéressante et la plus originale est celle de la promesse de fondation. Cette promesse n'est pas autre chose qu'une déclaration unilatérale de volonté produisant par elle-même à la charge de son auteur l'engagement d'affecter un patrimoine à un but déterminé, sans qu'il existe déjà, au moment où elle est faite, une personne morale appelée à l'accepter. L'être juridique qui sera le sujet des droits résultant de la fondation est créé par la constitution du patrimoine qui doit servir à l'œuvre spécifiée; or, cette constitution est un effet de la promesse même. — V. Saleilles, *op. cit.*, n. 144, texte et notes. — Sans doute, pour ériger une fondation, l'autorisation de l'Etat particulier sur le territoire duquel la fondation devra avoir son siège, sera toujours nécessaire. Mais il s'ensuit simplement que le fondateur peut révoquer son engagement tant que l'autorisation n'est pas intervenue, et cela n'empêche pas que cet engagement continue à résulter d'une simple déclaration unilatérale de volonté. V. sur ce point le résumé d'une communication de M. Saleilles dans Berthomieu, *Du legs avec charge* (thèse, Montpellier, 1897), p. 113, note. — Quoi qu'il en soit, la promesse de fondation ne saurait être confondue avec la donation, car celle-ci ne se conçoit pas sans un bénéficiaire antérieur à la naissance de l'obligation du donateur. — V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'oblig.*, *loc. cit.*

(1) Worms, *op. cit.*, p. 93. — Voir sur les extensions abusives de cette théorie Wahl, *Tr. des titres au porteur*, I, p. 192, note 1.

(2) V. Planiol, II, 1re édit., n. 367, p. 258; 2e édit., n. 832, p. 254; 3e édit., n. 832, p. 271.

décisions judiciaires (1) et même certaines solutions consacrées par la loi (2), on arrive, croyons-nous, à cette conclusion que le législateur et les tribunaux français ont inconsciemment, dans certains cas exceptionnels, reconnu des engagements dont l'existence ne peut logiquement s'expliquer qu'en attachant la force obligatoire à la volonté unilatérale (3). Bien que la solution qu'ils ont adoptée dans ces cas soit inconciliable avec le principe de la nécessité du consentement pour la création des obligations, nous n'avons point l'intention de la leur reprocher. Elle leur a été imposée par les nécessités pratiques les plus impérieuses, notamment par le besoin de favoriser et de multiplier les transactions, de protéger le commerce en maintenant la confiance, comme aussi de consacrer des innovations que les progrès de la civilisation avaient rendues indispensables (4).

On a exprimé cette opinion que, même législativement, le système de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté ne serait admissible que si, pour prévenir des pièges, la preuve de cet engagement était réglementée d'une façon rigoureuse (5). L'observation est juste en principe. Nous croyons même que si une législation admettait en règle générale l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, elle devrait, pour la plupart des cas, subordonner l'existence juridique de cet engagement à des solennités protectrices.

§ I. *Formation du consentement.*

29. Comment se produit le concours des volontés qui constitue le consentement?

(1) V. *infra*, n. 33.

(2) V. *infra*, n. 161, 177, 178.

(3) *Contra* Planiol, II, 1re édit., n. 367-368, 2e et 3e édit., n. 832-833.

(4) Worms, *op. cit.*, p. 89-91; Tarde, *Les transformations du droit*, p. 119-124. «... A présent, dit ce dernier auteur, si la loi et, mieux encore, la pratique judiciaire, la coutume commerciale et sociale, plus avancée ici que la loi, ne devaient sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne désignée les a acceptés et a fait connaître son acceptation, et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires, serait impossible ». P. 120 *in fine*.

(5) Edouard Lambert, *op. cit*, § 45, p 55 57.

L'un des futurs contractants fait des offres ; au besoin même, il en fait successivement à plusieurs personnes, jusqu'à ce qu'il en ait trouvé une disposée à contracter avec lui. D'ailleurs, la proposition peut émaner soit du futur débiteur, soit du futur créancier. En pratique, c'est souvent ce dernier qui prend l'initiative de la convention. Quand il en est ainsi, on conçoit facilement que l'offre de contracter ne puisse pas, par elle-même, faire naître une obligation. Il est de toute évidence qu'une personne ne peut pas acquérir un droit de créance par le simple effet de sa propre volonté ; car un droit de cette espèce s'analyse en une restriction à la liberté naturelle de telle autre personne déterminée, et il n'est pas admissible qu'on puisse subir à son insu, ni à plus forte raison contre son gré, une pareille atteinte.

Mais, alors même que l'auteur de l'offre est le futur débiteur, il n'est pas encore obligé (1). La doctrine française en donne la raison suivante : le futur débiteur ne peut pas se lier par sa seule volonté ; l'obligation constitue un droit pour celui au profit de qui elle est contractée, et nul ne peut acquérir un droit sans sa volonté. Il faut donc, pour que le lien se forme, que celui auquel l'offre a été faite l'accepte ; alors seulement, il y aura promesse obligatoire, la pollicitation se sera transformée en contrat (2). Tel est le raisonnement traditionnel. En pure théorie, ce raisonnement n'est rien moins que décisif. Sans doute, on ne saurait admettre que le promettant peut imposer à quelqu'un le bénéfice de l'obligation. Mais tout ce qui résulte de cette idée, c'est que l'obligation naissant de la simple promesse est subordonnée

(1) La proposition d'assurance à une compagnie à prime, étant une simple pollicitation, doit être agréée pour qu'il y ait contrat. Amiens, 15 nov. 1890, S., 91. 2. 217, D. P., 92. 2. 457. — Jugé cependant que l'adhésion aux statuts d'une Société d'assurances mutuelles constitue l'acceptation d'une pollicitation et détermine, par conséquent, la formation d'un contrat, alors même que la Compagnie s'est réservé le droit d'accepter ou de refuser l'adhésion. Rennes, 27 mai 1891, S., *ibid.*, D. P., 92. 2. 457, Orléans, 17 nov. 1891 et Caen, 19 déc. 1891, D. P., *ibid.* — Mais en sens contraire Paris, 17 juin 1891, S. et D. P., *ibid.* Cette dernière solution nous paraît préférable. — A la différence des conventions, les actes unilatéraux de renonciation n'ont pas besoin, pour devenir irrévocables, de l'acceptation des tiers qui en bénéficient. Orléans, 8 août 1889, D. P., 92. 1. 221 (renvois).

(2) Cpr. Pothier, *Oblig*, n. 4, al. 2 *in fine*.

à la condition suspensive de son acceptation par le créancier éventuel [1]. Ainsi, tant que l'offre ou proposition n'est pas acceptée, il n'y a pas convention; c'est là une vérité incontestable, qui découle de la notion même du consentement. Mais l'opinion traditionnelle va plus loin, car elle n'admet pas qu'avant l'acceptation, il puisse y avoir obligation. Désormais, sauf indication contraire, nous nous placerons au point de vue des idées généralement reçues.

30. Quand l'offre s'adresse à des personnes indéterminées, l'acceptation qui vient s'y ajouter n'a pas moins pour résultat de former le contrat [2]. Il faut remarquer à ce sujet que les négociants qui annoncent dans des circulaires, prospectus, prix courants ou affiches, les conditions de leur commerce, sont dans un état permanent d'offres à l'égard du public, tant qu'ils n'ont pas retiré leurs propositions [3]. Il s'ensuit que la demande, conforme à ces conditions, constitue une acceptation, et forme, dès qu'elle est parvenue à la connaissance de ces négociants, le lien de droit [4].

Ainsi un entrepreneur de transports fait insérer dans les journaux qu'il transportera telle marchandise de tel lieu

(1) Worms, *op. cit.*, p. 178 *in fine* et 179.

(2) Celui qui a promis, par voie d'annonce publique, une récompense pour l'exécution d'un certain acte, est obligé de la payer à la personne qui a accompli ledit acte. — V. C. civ. montén., art. 586; C. civ. allem., art. 657-661; C. civ. japon., art. 529-532.

(3) Ce retrait peut avoir lieu tacitement; en d'autres termes, il peut résulter des circonstances. — V. Valéry, *Des contrats par corresp.*, n. 227. — Sur ce point, le C. co. du Chili dit très bien : « Le fait d'adresser des annonces à des personnes déterminées suppose toujours la condition implicite que les objets offerts n'auront pas été aliénés au moment de la demande, que leur prix n'aura pas été modifié, et qu'ils existeront dans le domicile de l'auteur de l'offre ». Art. 105, al. 2.

(4) Laurent, XV, n. 474; Valéry, *op. cit.*, n. 225-226; Huc, VII, n. 15; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 467; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 480, note 7 *ter*. — Cependant il n'en est pas ainsi lorsqu'il résulte des termes de l'annonce ou de la nature du contrat proposé que l'offrant n'entend traiter qu'avec une personne à sa convenance. Valéry, *op. cit.*, n. 230. — L'art. 237 de l'ancien C. co. allemand formulait une règle opposée à celle qui est consacrée par la doctrine et par la jurisprudence françaises : « L'offre de vente qui est faite à plusieurs personnes en particulier par la communication de prix-courants, de catalogues, d'échantillons ou de modèles, ou qui n'est pas faite avec indication précise de la marchandise, des prix ou de la quantité, n'est point une offre obligatoire ». — Cpr. C. co. chilien, art. 105 al. 1er.

dans tel autre à tant la tonne; tous ceux qui présentent des marchandises de cette nature et offrent de payer le prix convenu peuvent exiger qu'elles soient transportées (1).

De même, si une marchandise a été mise à l'étalage à un prix indiqué, dès qu'un acheteur déclare vouloir la prendre à ce prix, le marchand est tenu de la livrer. Cette obligation ne disparaît qu'après complet épuisement du stock qu'il s'agissait d'écouler (2). Ainsi, en cas de refus, le marchand devra être condamné à des dommages-intérêts, si toute la marchandise offerte au public n'est pas encore liquidée (3).

Toutefois il en est autrement, quand l'offre contient des réserves suffisamment expresses et portées à la connaissance du public. Il se peut même que ces réserves soient tacites et résultent du caractère de l'offre. Ainsi, quand un négociant, en vue d'augmenter sa clientèle, propose au public une certaine marchandise à un prix bien inférieur à sa valeur, le caractère même de cette offre montre qu'elle s'adresse exclusivement à l'acheteur au détail, et ce négociant aura le droit de refuser à un marchand en gros de lui livrer ladite marchandise (4).

De même, l'offre qu'une personne fait, d'une façon générale, par un moyen de publicité quelconque, d'acheter, pen-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Voiture;* Pardessus, *Dr. comm.*, n. 537; Troplong, *Louage*, n. 895; Massé, *Tr. du dr. comm.*, IV, n. 29; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm*, I, n. 632, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 22; Aubry et Rau, 5e édit., *loc. cit.* — Aix, 8 fév. 1853, S., 53. 2. 251, D. P., 55. 2. 239. — Req., 21 avril 1857, D. P., 57. 1. 176. — Civ. rej., 3 déc. 1867, D. P., 67. 1. 471. — Cpr. Req., 3 janv. 1882, S., 82. 1. 107, D. P., 83. 1. 105. — Il est également de jurisprudence que le conducteur d'une voiture publique ne peut pas, tant que cette voiture n'est pas au complet, empêcher de monter un voyageur qui offre de payer le prix de sa place. Trib. comm. de Périgueux, 26 août 1879, D. P., 81. 3. 84, et, sur appel, Bordeaux, 8 mars 1881, D. P., 82. 2. 208. — Trib. de paix Paris (XIVe arr.), 5 janv. 1882, S., 83. 2. 119, D. P., 82. 3. 110.

(2) Mais, quand cette condition est réalisée, le pollicitant n'est point obligé envers l'acceptant. Valéry, *op. cit.*, n. 228.

(3) Trib. com. Seine, 5 janv. 1869, S., 69. 2. 24, D., 69. 3. 14. — *Sic* Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.* et *Tr. de dr. comm.*, *loc. cit.;* Ripert, *Essai sur la vente commerciale, Rev. prat.*, XXII, p. 183; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e et 3e édit., n. 1046 *in fine;* Bufnoir, Aubry et Rau, 5e édit., *loc. cit.;* Planiol, II, 1re édit., n. 1011, 2e et 3e édit., n. 971.

(4) Trib. com. Seine, 15 juin 1869, D. P., 69. 3. 55. — *Sic* Bufnoir, Aubry et Rau, 5e édit., *loc. cit.*

dant une certaine période, les marchandises d'un genre déterminé, ne l'oblige pas à prendre livraison de toutes celles qui lui seront présentées pendant cette période. Une pareille offre, par sa nature même, suppose que son auteur ne s'engage à acheter qu'une quantité de marchandises proportionnée à ses besoins (1).

31. La simple pollicitation, n'ayant pas la force d'engendrer par elle-même un lien de droit, peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée (2). Elle peut, d'ailleurs, l'être sur-le-champ, alors même qu'il serait rationnel de laisser à celui à qui elle est faite un temps moral pour prendre parti. A la différence de plusieurs codes étrangers (3), notre législateur ne fait pas exception à ce principe pour le cas où la convention doit avoir lieu entre absents.

Il en résulte qu'en matière de contrats par correspondance, l'auteur de l'offre peut la rétracter non seulement après avoir expédié la lettre ou le télégramme où elle est formulée, mais encore après que cette lettre ou ce télégramme a été lu par le destinataire, pourvu que ce dernier n'ait pas encore accepté la proposition (4).

D'ailleurs, celui qui révoque une pollicitation n'est nullement tenu de justifier sa détermination. Il lui suffit de déclarer qu'il ne veut plus contracter. Tout cela découle logique-

(1) Huc, VII, n. 15, *in fine*.

(2) Zachariæ, § 343 *a*, texte et note 5; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 292, et 5e éd., p. 481; Larombière, I, p. 12 (art. 1101, n. 13); Demolombe, XXIV, n. 63; Laurent, XV, n. 469 et 470, 475 et 476; Huc, VII, n. 11. — Civ., 21 déc. 1846, S., 47. 1. 65. — Req., 16 avril 1861, S., 62. 1. 201.

(3) Plusieurs codes étrangers décident expressément qu'entre présents, sauf convention contraire, l'offre tombe si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. V. C. civ. portugais, art. 650; C. civ. mexic., art. 1289; C. fédér. des oblig., art. 4; C. co. hongrois, art. 314, al. 2; C. co. chilien, art. 97; C. civ. allemand, art. 147, al. 1er. — V. aussi ancien C. co. allemand, art. 318. — Mais ces mêmes codes, lorsqu'il s'agit d'un contrat à intervenir entre absents, accordent un certain délai pour l'acceptation. V. C. civ. portugais, art. 652; C. civ. mexic., art. 1292; C. féd. des oblig., art. 5, al. 1er; C. co. hongrois, art. 315, al. 1er; C. civ. allemand, art. 147, al. 2; C. civ. jap. de 1896, art. 524. — V. aussi ancien C. co. allemand, art. 319, al. 1er. — Aux termes du C. co. chilien : « L'offre faite par écrit devra être acceptée ou repoussée dans les vingt-quatre heures, si la personne à qui elle est adressée demeure dans le même lieu que l'auteur de l'offre, ou par le retour du courrier, si elle se trouve dans un lieu différent ». Art. 98, al. 1er.

(4) Demolombe, XXIV, n. 63.

ment de cette idée que la simple offre ne peut pas lier son auteur [1].

La pollicitation est même anéantie de plein droit si la personne de qui elle émane meurt [2] ou devient, soit en fait, soit en droit, incapable de consentir, par conséquent si elle est prise de folie ou frappée d'interdiction, ou encore si elle tombe en faillite [3]. Celui qui a reçu la proposition ne peut donc pas déclarer utilement aux héritiers du pollicitant qu'il entend contracter. Sans doute, les effets passifs d'une convention sont transmissibles aux successeurs universels du débiteur. Art. 1122. Mais, dans notre cas, il ne s'est pas formé de convention du vivant du pollicitant, puisque, par hypothèse, c'est seulement après la mort de celui-ci que la volonté d'accepter est manifestée [4]. De même, en supposant que l'auteur de l'offre soit interdit après l'avoir faite, l'acceptation survenue dans la suite n'a pas pour effet de former le contrat avec son tuteur, car il ne saurait y avoir concours de volontés, alors que celle du pollicitant n'a plus d'existence légale [5].

D'autre part, l'offre tombe également si celui à qui elle s'adresse meurt ou est frappé d'une incapacité de fait ou de droit, car, dans ce cas aussi, la convention ne peut plus avoir lieu, l'une des deux volontés nécessaires pour sa formation venant à disparaître. Ici encore, nous ferons remarquer, pour le cas de décès, que la personne qui a reçu la proposition ne

(1) Laurent, XV, n. 476.

(2) *Sic* C. civ. de la Louisiane, art. 1804; C. co. chilien, art. 101. — Cpr. C. civ. portugais, art. 655. — Le C. civ. allemand renferme une disposition ainsi conçue : « La formation du contrat n'est pas empêchée par ce fait que l'auteur de l'offre meurt ou devient incapable d'exercice des droits avant l'acceptation, à moins qu'il y ait lieu d'admettre une autre volonté de la part de l'auteur de l'offre ». Traduc. Saleilles, p. 182. Cette disposition est une conséquence de ce principe, par lui posé, que l'offre est obligatoire, en ce sens qu'elle ne peut pas être retirée avant l'expiration du délai fixé par le pollicitant ou par la loi pour l'acceptation. Cette obligation, comme toute autre, doit passer aux héritiers de l'obligé.

(3) Pothier, *Vente*, n. 32; Toullier, VI, n. 31; Duranton, XVI, n. 45; Marcadé, IV, n. 394; Duvergier, *Vente*, I, n. 67; Troplong, *Vente*, I, n. 27; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 292 *in fine*, et 5e édit., p. 482 *in fine;* Larombière, I, p. 18 (art. 1101, n. 20); Demolombe, XXIV, n. 63; Laurent, XV, n. 478; Guillouard, *Vente*, n. 14; Valéry, *op. cit.*, n. 204 et 210; Thiry, II, n. 566, p. 555; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 28; Planiol, II, 1re édit., n. 1020, 2e et 3e édit., 980.

(4) Req., 21 avril 1891, D. P., 92. 1. 181.

(5) Laurent, *loc. cit.*

peut transmettre à ses héritiers aucun droit contre le pollicitant, puisqu'elle ne pouvait devenir créancière qu'en vertu de la convention et que celle-ci n'a pas pris naissance ([1]).

32. Le pollicitant, avons-nous dit, a le droit de retirer l'offre tant qu'elle n'a pas été agréée. Nous savons également que, s'il meurt ou devient incapable avant l'acceptation, la formation du contrat est rendue impossible. Mais il peut arriver que, dans l'ignorance de ces événements, celui qui a reçu la proposition y acquiesce, et que, par suite, le retrait ou l'extinction de l'offre lui cause un dommage. En effet, si le pollicitant proposait d'acheter, l'acceptant, croyant que son adhésion était intervenue utilement, peut avoir laissé passer une autre occasion qui se présentait à lui de vendre sa marchandise. Si, au contraire, il s'agissait d'une offre de vente, il peut s'être abstenu d'acheter d'autre part à des conditions fort avantageuses pour lui. Il peut encore, à raison du contrat qu'il croyait formé, avoir fait des dépenses qui sont désormais inutiles. Dans ces diverses hypothèses, est-il, en principe, fondé à réclamer des dommages-intérêts ([2]) ? A l'appui de l'affirmative, Pothier et, à sa suite, plusieurs auteurs modernes invoquent un argument qui est, il faut le reconnaître, d'une extrême faiblesse ([3]). Comment, en effet, le droit à une indem-

([1]) *Sic* Toullier, Larombière, Laurent et Thiry, *loc. cit.*; Duvergier, *Vente*, n. 69; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p 293, et 5e édit., p. 483; Demolombe, XXIV, n. 69; Valéry, *op. cit.*, n. 209 et 210; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *loc. cit.* — *Contra* Delvincourt, III, p. 134; Duranton, XVI, n. 45. — Voir, pour plus de détails, Valéry, *op. cit.*, n. 206-208.

([2]) Nous disons *en principe*, c'est-à-dire abstraction faite de toute faute ou négligence imputable au pollicitant ou à ses héritiers. Il est évident que si le dommage subi par l'acceptant est dû au retard apporté par l'auteur de l'offre dans la transmission de la missive annonçant la rétractation, l'acceptant doit être indemnisé. Alors, en effet, le préjudice a été causé par la faute ou, au moins, par la négligence du pollicitant. La solution est la même si les héritiers de l'offrant, en supposant qu'ils fussent instruits de la proposition, n'ont pas informé l'acceptant du décès de leur auteur, alors qu'ils auraient pu, en prenant cette précaution, lui épargner le préjudice qu'il a subi. — Cpr. C. civ. portugais, art. 655; C. civ. Rép. Argentine, art. 1156; C. civ. mexic., art. 1295.

([3]) Pothier, V. *Vente*, n. 32; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 293, texte et note 17, 5e éd., p. 483, texte et note 17; Demolombe, XXIV, n. 71; Delamarre et Le Poitvin, I, n. 207; Girault, *Contr. par correspondance*, n. 101. — V. aussi comme auteur étranger, Story, *Commentaries on the conflict of law foreign and domestic*, 8e édit, § 130, note.

nité pourrait-il, comme on le prétend, avoir pour fondement le principe qui est inscrit aujourd'hui dans l'art. 1382? L'application de ce principe suppose essentiellement qu'il y a eu faute de la part de celui à qui l'on demande des dommages-intérêts. Or le pollicitant qui rétracte son offre à temps ne fait qu'user de son droit, et ne saurait, par conséquent, de ce chef, être tenu de payer une indemnité. N'est-il pas également évident que, s'il décède ou devient incapable avant l'acceptation, il serait absurde d'imputer à faute à ses héritiers la conséquence de son décès ou à lui-même celle de son incapacité?

Aussi plusieurs auteurs se sont-ils efforcés de justifier d'une autre façon le droit qu'a l'acceptant de réclamer des dommages-intérêts. D'après M. Valéry, ce droit aurait été établi par l'usage. En pratique, on aurait pris l'habitude de le considérer comme nécessaire pour rassurer ceux qui sont appelés à traiter des affaires par correspondance. On se serait tacitement accordé pour y voir une condition du développement des transactions commerciales. Cet usage, n'étant contraire à aucun texte du droit positif, aurait force de loi. Ainsi l'action en dommages-intérêts qui appartient à l'acceptant ne dériverait pas de la disposition de l'art. 1382, mais bien de celles des art. 1135 et 1160, et, par suite, l'acceptant, lorsqu'il exerce cette action, n'aurait pas besoin de prouver qu'il y a eu faute de la part du défendeur; il suffirait qu'il établît que l'extinction de l'offre lui a été préjudiciable (1).

(1) Valéry, *op. cit.*, n. 187. — Des auteurs étrangers, Bekker, Scheurl et Serafini, ont imaginé, à l'appui de la solution généralement admise, divers autres systèmes dont on trouvera la réfutation dans Valéry, *op. cit.*, n. 186. — Quant à M. Larombière, il fait découler le droit à une indemnité de l'obligation que le pollicitant se serait tacitement imposée de ne pas retirer l'offre avant l'expiration du temps nécessaire pour la réception de la réponse. Mais le savant magistrat se borne à alléguer l'existence de cette obligation, bien qu'elle ne soit pas en harmonie avec les principes traditionnels. *Tr. des oblig.*, I, p. 24 (art. 1101, n. 24). Ajoutons qu'il serait bien étrange de considérer l'inexécution de cette obligation comme pouvant engager la responsabilité du pollicitant, lorsqu'elle est anéantie par la mort, l'interdiction ou la démence de celui-ci. — Le C. co. chilien renferme, sur le point qui nous occupe, une disposition importante : « La rétractation faite en temps utile impose à l'auteur de l'offre l'obligation d'indemniser la personne à qui l'offre a été adressée, de tous les frais par elle faits et de tous les dommages et préjudice par elle éprouvés. — Cependant l'auteur de l'offre pourra s'affranchir de l'obligation

Cette explication ne nous paraît pas satisfaisante. D'abord, l'existence de l'usage sur lequel elle se fonde n'est nullement démontrée. La question qui nous occupe n'a été résolue qu'en doctrine. Dans tous les cas, les recueils de jurisprudence sont muets sur l'usage allégué. D'ailleurs, en supposant que celui-ci existât, on ne le concevrait qu'en matière commerciale. L'explication n'aurait donc pas une portée suffisante.

Ihering a appliqué à l'hypothèse dont nous parlons son ingénieuse théorie de la *culpa in contrahendo* (1). Indiquons par anticipation à quoi revient cette théorie (2). Quand une offre est acceptée, la convention qui se forme alors implique un pacte par lequel le pollicitant s'engage à répondre envers l'autre partie de toute faute par lui commise à propos de la formation même du contrat et qui rendrait celui-ci nul ou imparfait. Cette faute doit être appréciée eu égard au contrat dont il s'agit, et, comme elle doit être prestée en vertu de la convention, elle a le caractère de faute contractuelle. Eh bien! dans notre cas, en retirant l'offre, alors que sa rétractation peut nuire à l'autre partie, le pollicitant commet une faute relative à la formation du contrat, et encourt la responsabilité que nous venons de préciser.

Mais, puisque, par hypothèse, l'offre a été retirée avant l'acceptation, il n'y a pas eu accord de volontés; il ne peut donc pas être question d'une responsabilité contractuelle à la charge du pollicitant. Comme dit M. Saleilles : « Comment donc parler ici d'un contrat spécial qui est déclaré nul, tandis que la convention de responsabilité subsiste? Tout tombe, puisque la révocation fait disparaître la volonté de l'une des parties avant que l'autre l'ait rencontrée » (3). Pour justifier, dans notre cas, sans recourir à l'idée de responsabilité délictuelle, l'existence, à la charge du pollicitant, de l'obligation de réparer le dommage, il faudrait dire ou bien que le polli-

de donner cette indemnité, en exécutant le contrat proposé ». Art. 100 (trad. Prudhomme).

(1) Ihering, « *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* ». *Œuvres choisies*, trad. O. Meulenaere, II, p. 77-83.

(2) V. *infra*, n 362.

(3) Saleilles, *Théorie générale de l'oblig.*, etc..., p. 163 *in fine*.

citant se trouve engagé par l'effet de sa seule volonté, ou bien, comme Windscheid l'a enseigné en dernier lieu, que l'obligation dont il s'agit a le caractère d'obligation *légale* (1). Mais, sous l'empire de notre code civil, ces deux propositions sont également inacceptables. D'un côté, en effet, en droit français, c'est seulement par exception et lorsqu'on ne peut pas expliquer autrement une disposition législative, qu'on peut admettre la création d'une obligation par la volonté unilatérale. D'un autre côté, peut-il y avoir une obligation *légale* sans un texte de loi qui l'établisse?

Au surplus, quand l'offre est tombée par suite d'un fait absolument indépendant de la volonté du pollicitant, c'est-à-dire par suite de son décès ou de la survenance de son incapacité, il est évident qu'il n'est pas en faute : « Je dois avouer, dit à ce propos Ihering, que ma théorie se heurte ici à une pierre d'achoppement, que je ne puis lui faire surmonter sans l'effort le plus violent ». Et, en effet, le célèbre auteur hasarde cette explication : « Si l'on avait conclu entre présents, la mort n'aurait nullement pu avoir cette influence dommageable. Lors donc qu'un absent veut contracter, il doit, pour garantir l'autre partie contre cette éventualité dommageable, se donner la peine d'aller la trouver en personne; s'il ne le fait point, si, au lieu de cela, il choisit la voie plus simple de la communication par voie de lettre ou d'intermédiaire, il substitue par cela même, dans l'intérêt de ses aises, une forme qui expose l'adversaire au danger dont il s'agit. La *culpa* consiste donc en ceci qu'au lieu du moyen, seul sûr, de la communication orale en personne, il a eu recours, au péril de l'autre partie, à un moyen incertain » (2). Mais, peut-on dire qu'il y a eu faute de la part du pollicitant par cela seul qu'il ne s'est pas rendu en personne auprès de l'autre partie? Peut-on formuler une exigence qui, pratiquement, aurait pour conséquence d'empêcher la conclusion de contrats innombrables? Ce résultat ne serait-il pas aussi déplorable pour ceux qui sont destinés à recevoir les offres que

(1) Pand. (éd. 1887), § 307, note 5. — V. Saleilles, *op. cit.*, p. 165, n. 157 *in fine*.
(2) Ihering, *op. cit.*, p. 83.

pour ceux qui sont destinés à les faire? Traiter les affaires à distance, les traiter par correspondance, c'est normal, c'est une nécessité d'intérêt général. D'ailleurs celui qui a reçu la proposition savait à quoi s'en tenir. Il a dû prévoir le cas où l'offre tomberait avant l'acceptation. Et cependant il a consenti à traiter : une des conditions du contrat a été qu'il se formerait entre absents.

Nous préférons admettre, avec Laurent et quelques auteurs étrangers, que le retrait ou l'extinction de l'offre, en l'absence de toute faute ou négligence de la part du pollicitant ou de ses héritiers, ne donne pas ouverture à des dommages-intérêts (1). Mais nous nous empressons d'ajouter que, vu les grandes facilités de communication qui existent de nos jours, les juges devront la plupart du temps admettre qu'il y a eu négligence de la part du pollicitant ou de ses héritiers. Ils pourront notamment, dans beaucoup de cas, par application de l'art. 1382, les considérer comme responsables par cela seul qu'ils n'auront pas informé l'acceptant immédiatement et par télégramme de l'anéantissement de l'offre.

33. Lorsque celui à qui la proposition est faite a, pour prendre parti, un délai fixé par le pollicitant ou l'usage, l'offre peut-elle être retirée avant l'expiration de ce délai et alors qu'il n'est pas intervenu de décision relativement à l'acceptation, sauf, si ce retrait lui est préjudiciable, le droit, pour la personne qui devait accepter, de réclamer des dommages-intérêts? Partant de cette idée que la naissance de l'obligation suppose essentiellement le concours de deux volontés, Larombière estime que, dans les conditions prévues, la pollicitation peut être utilement rétractée et que la personne à laquelle elle a été adressée est seulement fondée à poursuivre la réparation du préjudice que cette rétractation pourrait lui causer (2). En se prononçant de la sorte, Larombière, il est vrai, fait abstraction des nécessités pratiques, mais il est, du moins, parfaitement conséquent avec les principes.

(1) Laurent, XV, n. 481 ; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 4e édit., III, n. 225 et 240; Bolaffio, *Arch. Giur.*, XXIX, 1882, p. 505.

(2) *Oblig.*, I, p. 14 (art. 1101, n. 11). — *Adde* Olivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, n. 285. — Cpr. Worms, *op. cit.*, p. 177.

Cependant la plupart des auteurs, tout en considérant la convention comme la source unique d'obligations volontaires, admettent que, dans le cas dont nous parlons, l'offre peut être acceptée au cours du délai, nonobstant la rétractation antérieure (1). Telle est aussi la solution adoptée par la jurisprudence, et on ne saurait s'en étonner, car, si les juges se prononçaient en sens contraire, les personnes prudentes n'oseraient pas, la plupart du temps, se fier aux propositions de vente ou d'achat. Mais, au point de vue juridique, il nous paraît impossible de justifier cette solution, si on n'admet pas que, dans notre hypothèse, la volonté unilatérale engendre un lien de droit. Toute offre qui est accompagnée de la fixation d'un délai pour l'acceptation donne naissance par elle-même à deux obligations distinctes : d'abord à l'obligation de maintenir l'offre pendant le délai fixé ; puis à l'obligation conditionnelle d'accomplir la prestation qui fait l'objet de l'offre, si celle-ci est acceptée (2). Ces deux obligations ont pour cause génératrice une manifestation unilatérale de volonté. Et d'abord l'obligation de maintenir l'offre pendant le délai ne peut découler d'une convention ; le délai est fixé par le pollicitant seul ; il n'est pas convenu entre les parties. Dira-t-on que la personne à qui l'offre est faite doit être présumée accepter la concession du délai, une pareille convention n'ayant pour elle que des avantages (3) ? Nous répondrons que très ordinairement cette présomption serait contraire à la réalité des faits, ceux qui reçoivent des prospectus, des circulaires proposant des achats ou des ventes avec indication d'un délai pour prendre parti, n'ayant nullement, en pratique, à la réception de ces offres, l'intention de profiter du

(1) *Sic* Toullier, VI, n. 30; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 292, et 5e édit., p. 481 *in fine* et p. 482; Demolombe, XXIV, n. 65; Laurent, XV, n. 476; Valéry, *Contrats par corresp.*, n. 174; Darquer, *Des contrats par corresp.*, p. 45; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 15, p. 9; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 479. — *Adde* Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7e édit., III, § 603, remarque 1. — Quelques codes étrangers disposent formellement dans ce sens : C. co. chilien, art. 99, al. 1er; C. co. hongrois, art. 314, al. 1er; C. féd. des oblig , art. 3; C. civ. Monténégro, art. 496-497; C. civ. Japon, art. 521 al. 1.

(2) Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund.*

(3) Demolombe, XXIV, n. 65; Bufnoir, *op. cit.*, p. 480; Valéry, *op. cit.*, n. 174. p. 169; Planiol, II, 1re édit., n. 1021-1023, 2e et 3e édit., n. 981-983.

temps accordé. Au surplus, pour admettre la formation d'une convention relative à la détermination d'un délai, il ne serait pas suffisant de présumer chez celui qui reçoit l'offre la volonté de faire cette convention, il faudrait la présumer aussi chez le pollicitant. Or, en ce qui concerne ce dernier, cette présomption ne serait certainement pas fondée, car il n'a aucun intérêt à conclure un pareil contrat (1). L'obligation de maintenir l'offre pendant le délai fixé ne dérive donc pas d'un accord de volontés. Puisqu'il en est ainsi, quelle peut être sa source, si ce n'est la simple manifestation de la volonté du pollicitant ?

Nous ajoutons qu'il en est de même de l'autre obligation, c'est-à-dire de l'obligation de fournir la prestation, si l'offre est acceptée. A notre avis, c'est de toute évidence, si l'on admet, comme le font à peu près tous les auteurs modernes, que l'acceptation intervenant avant l'expiration du délai est efficace, alors même que l'offre aurait été rétractée antérieurement. Dans cette hypothèse, l'acceptation a lieu à un moment où l'auteur de l'offre ne veut plus contracter, et où, par conséquent, le concours des volontés est devenu impossible. L'obligation ne peut donc avoir pour source que la volonté du débiteur, c'est-à-dire une volonté unilatérale.

On objecte que le pollicitant s'est engagé à maintenir l'offre jusqu'à l'expiration du délai et que, par suite, les volontés des deux parties se sont rencontrées au moment où l'acceptation a eu lieu (2). Il est aisé de réfuter ce raisonnement. De ce que le pollicitant s'est engagé à ne pas se rétracter jusqu'à l'expiration du délai, il résulte uniquement, dans le système de ceux qui repoussent ici l'idée d'une obligation créée par la volonté unilatérale, qu'il doit être condamné à des dommages-intérêts, s'il viole cet engagement en retirant l'offre avant l'expiration du délai. Mais sa volonté de contracter n'en a pas moins cessé, et, par suite, en supposant que l'acceptation survienne plus tard, la réunion des deux volontés n'en

(1) Worms, *op. cit.*, p. 175-176. — *Contra*, Valéry, *op. cit.*, n. 175; Planiol, II, 1re édit., p. 308, note 1, 2e édit., p. 306, note 1, 3e édit., p. 333, note 1.

(2) Demolombe, XXIV, n. 64-65. — *Adde* dans le même sens, Planiol, II, 1re édit., n. 1023, 2e et 3e édit., n. 983.

sera pas moins devenue impossible. L'obligation d'exécuter la prestation offerte ne peut donc avoir pour source que l'offre même, en d'autres termes, la seule volonté de l'obligé.

Quant à l'acceptation, elle ne contribue nullement à créer l'obligation, car la naissance de celle-ci lui est antérieure; elle vient simplement réaliser la condition à laquelle était subordonné l'engagement. On voit que, dans cette théorie, celui à qui l'offre s'adresse n'acquiert pas le droit malgré lui. S'il ne veut pas devenir créancier, il lui suffit de faire défaillir la condition qui affecte l'obligation : pour cela, il n'a qu'à ne pas accepter en temps utile [1].

34. Si, au cours du délai imparti pour l'acceptation l'offrant meurt ou s'il devient incapable, en fait ou en droit, d'avoir la volonté de s'obliger, cet événement s'oppose-t-il à l'existence de l'obligation? La doctrine française enseigne que, la convention ne pouvant plus se former, l'obligation ne peut plus naître [2]. Mais, en réalité, c'est là un manque de logique. Du moment qu'on décide que le retrait de l'offre effectué avant l'expiration du délai n'exclut pas l'engagement, on reconnaît implicitement, nous l'avons démontré, que l'obliga-

[1] Worms, *op. cit.*, p. 176 *in fine*-180. — Sur le point spécial de la force obligatoire que l'offre a par elle-même, voici en quels termes M. Edouart Lambert a tenté de réfuter la théorie de M. Worms : « La loi ne s'attache pas à la volonté intime du promettant et du stipulant; elle ne considère que leur volonté extérieure, exprimée; elle ne s'arrête qu'aux choses externes, les paroles, les écrits. Peu lui importe que l'auteur de l'offre se soit rétracté, si la rétractation n'a pas été connue de ceux qui ont connu l'offre. On a dû déterminer jusqu'à quelle époque l'offre est réputée faite, rechercher quand on doit la tenir pour être rétractée. Mais il n'y a pas là une substitution de l'offre au contrat comme fait générateur du droit. Cette réglementation s'explique par la nécessité d'organiser la constatation et la preuve de l'offre et de l'acceptation. Si le contrat se forme malgré la rétractation de l'offre, c'est que cette rétractation n'a point été suffisamment manifestée quand elle n'a été connue du contractant qu'après l'acceptation ». *Op. cit.*, § 44, p. 55. — Cette explication est insuffisante, car elle ne concerne pas le cas où celui qui a reçu la proposition jouit d'un certain délai pour l'accepter, et où, en fait, il accepte dans ce délai alors qu'à sa connaissance l'offre a été retirée. La plupart des auteurs, en effet, admettent que dans cette hypothèse, il y a engagement, nonobstant la rétractation *connue de l'acceptant*. — V. Toullier, Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Lyon-Caen et Renault, Valéry, Darquer, Bufnoir, *op.* et *loc. cit.* — Or, il nous paraît impossible d'admettre la formation d'un contrat en pareil cas. Les raisons données par M. Lambert faisant ici défaut, nous ne voyons pas pourquoi il faudrait réputer la convention formée.

[2] Demolombe, *loc. cit.*

tion est la conséquence immédiate de la déclaration de volonté faite par le pollicitant. Or, s'il est rationnel que les faits qui entraînent l'incapacité du débiteur s'opposent à ce qu'il s'engage valablement dans la suite, nous ne voyons pas comment ces faits pourront anéantir les obligations qu'il a antérieurement contractées et dont l'existence est désormais indépendante de sa volonté. La survenance des événements que nous venons d'indiquer est donc indifférente (1).

35. Mais l'offre ne pouvant jamais avoir force obligatoire avant d'être parvenue à la connaissance de celui à qui elle est faite, il en résulte, dans le cas où un délai a été accordé pour l'acceptation, les deux conséquences suivantes : 1° l'obligation conditionnelle qui, dans ce cas, dérive, d'après nous, de la seule volonté du pollicitant, ne se forme que lorsque la personne à qui la proposition est adressée, a été, comme l'on dit, touchée par l'offre ; 2° par suite, aussi longtemps que ce fait ne s'est pas produit , le pollicitant peut retirer la proposition (2).

36. Quand le pollicitant a fixé un terme pour l'acceptation, l'expiration du délai opère-t-elle de plein droit le retrait de l'offre, ou a-t-elle simplement pour effet de permettre au pollicitant de se rétracter, si bon lui semble ? En principe, c'est pour la première de ces solutions qu'il faut se prononcer (3). Ainsi, d'une façon générale, l'acceptation ne peut pas avoir lieu utilement après l'expiration du terme. En conséquence, lorsque la lettre par laquelle la proposition est faite renferme ces mots : « Répondez télégraphiquement si mon offre vous

(1) Worms, *op. cit.*, p. 179. — Sol. expresse dans C. civ. allemand, art. 153.

(2) Worms, *op. cit.*, p. 173. — La doctrine est unanime en ce sens : Toullier, VI, n. 30 ; Duvergier, *Vente*, n. 56 et 57 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 292, 5e édit., p. 482 ; Demolombe, XXIV, n. 64 ; Laurent, XV, n. 476 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 480. — Cpr. Saleilles, *op. cit.*, n. 138 *in fine*, p. 137.

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 292, 5e édit., p. 482 ; Larombière, I, p. 16 (art. 1101, n. 18) ; Laurent, XV, n. 476 ; Valéry, *op. cit.*, n. 201. — Bruxelles, 25 fév. 1867, S., 68. 2. 182, D. P., 67. 2. 193. — *Contra* Worms, *op. cit.*, p. 174. — La première de ces opinions a été expressément adoptée par les codes suivants : C. civ. autrichien, art. 862 ; C. fédér. des oblig., art. 3 *in fine;* C. co. chilien, art. 98, al. 2 ; C. co. italien, art. 36, al. 1 ; C. co. roumain, art. 35, al. 1 ; C. civ. allemand, art. 148 ; C. civ. Monténégro, art. 496 ; C. civ. japonais, art. 521, al. 2. — V. aussi C. civ. portugais, art. 651.

convient », le contrat ne se formera pas si le télégramme qui contient l'acceptation n'est pas expédié le jour même de la réception de la lettre [1]. Il en est de même lorsque, en vertu des usages, celui qui reçoit la proposition a un certain temps pour se prononcer [2].

Mais, si l'acceptation qui survient tardivement ne peut pas former la convention, elle constitue, du moins, une nouvelle proposition adressée au pollicitant primitif [3]. Or, comme celui-ci, la plupart du temps, aura encore les mêmes raisons de conclure le contrat, le silence qu'il garderait après avoir eu connaissance de l'acceptation tardive serait considéré en général comme une adhésion tacite. Le pollicitant primitif fera donc bien, s'il n'a plus l'intention de traiter, d'en aviser immédiatement l'acceptant [4]. Mais, en supposant qu'il ne prenne pas cette précaution, quelle sera sa situation? Il pourra établir sans doute qu'il n'a pas entendu acquiescer à la proposition contenue dans l'acceptation tardive. Mais si, en fai-

(1) Lyon, 25 juin 1867, S., 68. 2. 183, D. P., 67. 2. 194.

(2) « Il est une double règle en matière de ventes commerciales sur échantillons, lorsque celles-ci ont lieu par correspondance : la première, c'est que le contrat n'est définitivement formé que lorsque l'acceptation définitive est parvenue à l'expéditeur de l'échantillon, la seconde, c'est que, si le délai moral nécessaire pour répondre s'est écoulé, sans que le destinataire de l'échantillon ait fait connaître son acceptation, le vendeur est libre de disposer de la marchandise, le commerce exigeant la plus grande célérité dans la formation de cette nature de transaction ». — Besançon, 18 mai 1893 et, sur pourvoi, Req., 27 juin 1894, D. P., 94. 1. 432. — *Adde* Paris, 12 juin 1869, D. P., 70. 2. 6, et, sur pourvoi, Req., 28 fév. 1870, D. P., 71. 1. 61. « D'après les usages constants de la place de Bordeaux, et surtout à l'époque des vendanges, où les propriétaires ont le plus grand intérêt à conserver la libre disposition de leurs récoltes pour répondre aux offres qui leur sont faites, il est certain que des propositions non acceptées dans un bref délai ne peuvent lier indéfiniment les détenteurs des vins et les mettre à la discrétion des acheteurs qui spéculeraient sur les variations du cours;... Suivant les documents produits émanant des personnes les plus autorisées, le délai entre les propositions et leur acceptation ne doit pas dépasser vingt-quatre heures ». — Bordeaux, 29 janv. 1892, D. P., 92. 2. 390.

(3) Telle est la disposition du C. civ. allemand : « L'acceptation tardive d'une offre vaut comme offre nouvelle ». Art. 150, al. 1. — *Sic* C. civ. japon., art. 523. — C'est au fond, nous semble-t-il, la même idée qui est renfermée dans cette disposition du C. de co. italien : « ... Le proposant peut même se prévaloir d'une acceptation qui lui est parvenue hors des délais, pourvu qu'il en donne immédiatement avis à l'acceptant ». Art. 36, al. 1, *in fine* (traduc. Turrel). Cette disposition a été reproduite dans l'art. 35, al. 2 du C. co. roumain.

(4) Valéry, *op. cit.*, n 202-203.

sant naître chez l'acceptant la croyance à la formation du contrat, il lui a causé un préjudice, par exemple en l'empêchant de vendre ou d'acheter à une tierce personne dans des conditions avantageuses, il lui devra, de ce chef, des dommages-intérêts. Arg. art. 1382 (1).

Les juges pourraient même, à raison des circonstances du fait, écarter l'application du principe posé plus haut et décider que l'offre n'est pas tombée de plein droit à l'expiration du délai et que, par conséquent, si le pollicitant ne l'a pas rétractée à une époque ultérieure, l'acceptation a pu encore intervenir utilement.

Mais, en droit français, quand le pollicitant n'a pas fixé un terme pour l'acceptation de l'offre et qu'il n'en existe pas un déterminé par l'usage, la proposition ne doit pas être considérée comme anéantie par cela seul qu'elle n'a pas été agréée immédiatement ou même dans un délai moralement suffisant pour que l'acceptation ait pu être faite en connaissance de cause. Donc, en pareil cas, la pollicitation se perpétue tant qu'elle n'a pas été l'objet d'une rétractation expresse ou tacite (2). Il en est ainsi même quand elle a été adressée à une personne présente (3). Les juges pourraient cependant décider qu'à raison des circonstances du fait, l'offre est tombée pour n'avoir pas été acceptée sur-le-champ.

37. Suffit il, pour que le consentement existe et que, par suite, le contrat se forme, que l'acceptation ait été manifestée, en supposant toutefois en outre que l'acceptant n'a plus le pouvoir de l'anéantir? Ou faut-il de plus que le pollicitant ait connaissance de l'acceptation? Cela revient à préciser l'époque et le lieu de la formation du contrat. L'intérêt de la question apparaît dans les contrats par correspondance. Il est multiple : d'abord, si la convention prend naissance au moment même de l'acceptation et avant que le pollicitant en

(1) C. co. Chili, art. 98, al. 3.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit, p. 292, 5e édit., p. 482; Larombière, I, p. 16 (art. 1101, n. 18); Demolombe, XXIV, n. 67; Laurent, XV, n. 477.

(3) Demolombe, *loc. cit.* — Plusieurs législations étrangères, nous l'avons déjà dit, disposent qu'entre présents l'offre cesse de plein droit quand elle n'est pas immédiatement agréée. V. *supra*, n. 31, al. 1er, note.

ait été avisé, celui-ci ne pourra plus se dédire dès que l'offre aura été acceptée. Si, au contraire, il n'y a consentement et, par suite, contrat qu'à partir du moment où l'acceptation est parvenue à sa connaissance, le pollicitant pourra jusqu'à cette époque retirer utilement la proposition, alors même qu'elle aurait été acceptée à son insu. De même, si l'on se prononce dans le premier sens, l'acceptant sera lié dès qu'il aura manifesté son adhésion à l'offre. Il faut dire, au contraire, si l'on préfère la seconde opinion, qu'il peut revenir sur l'acceptation tant qu'elle ne sera pas parvenue à la connaissance du pollicitant. D'autre part, si le contrat dont il s'agit a le caractère commercial, on aboutit, suivant la façon dont on résout la difficulté dont nous parlons, à des résultats différents dans l'application de la disposition de l'art. 420 C. pr. civ., qui permet d'assigner le défendeur devant le tribunal du lieu « *où la promesse a été faite* et la marchandise livrée ». En outre, la question du lieu où le contrat se forme étant essentiellement liée à la question de l'époque où il est conclu, le parti que l'on prend dans cette controverse présente la plus grande importance au point de vue du droit international privé, en ce qui concerne la détermination de la loi qui régit les conditions d'existence et de validité des contrats, comme aussi leurs effets [1].

A notre avis, il y a contrat aussitôt que l'offre est agréée, pourvu qu'il y ait trace de l'acceptation. Cette restriction est nécessaire sans doute, car, pour se prononcer sur l'existence

[1] Ce ne sont pas les seuls points de vue auxquels on puisse se placer pour montrer l'intérêt de la controverse que nous allons examiner. Les créanciers ne sont admis à exercer l'action paulienne que si leur droit est né avant la passation de l'acte qu'ils veulent faire annuler. Or, quand cet acte est un contrat par correspondance, l'antériorité du droit des créanciers pourra dépendre du sens dans lequel on résoudra notre question. Si le contrat conclu par lettre ou par tout autre moyen de transmission a pour objet un corps certain, le moment où la propriété sera transférée et les risques déplacés sera différent suivant qu'on se prononcera pour la première ou pour la seconde des théories indiquées ci-dessus. On comprend encore que la détermination de l'époque où le consentement s'est réalisé aura une grande importance quand la formation du contrat marquera le point de départ d'un délai, par exemple du délai requis pour la prescription libératoire ou de celui qui est imparti pour l'exercice d'un droit de réméré. — V. pour plus de détails, Valéry, *op. cit.*, n. 119-129.

de la convention, il faut se placer non pas au point de vue philosophique, mais au point de vue juridique ; or, en droit, le consentement non exprimé, ou, pour employer la formule classique, le simple *propositum in mente retentum* ne peut pas être pris en considération. Mais, sauf cette restriction, l'acceptation suffit. Rationnellement on ne voit pas pourquoi une autre condition serait nécessaire : quand l'acceptation s'est jointe à l'offre, il y a union de deux volontés ; or cette union constitue la convention ; elle la constitue par elle-même. Si le législateur avait demandé en outre que l'acceptation fût connue de l'offrant, il se serait expliqué à cet égard, car cette exigence, ayant un caractère arbitraire, ne va pas de soi. Or, nulle part, il n'a disposé qu'il fallait pour l'existence de la convention que le pollicitant eût été informé de l'acceptation, et même, dans plusieurs textes, il donne à entendre le contraire. Arg. art. 1101, 1121, 1984 et 1985. On objecte que la formation du contrat suppose le concours des volontés et non pas seulement leur coexistence. Peu importe, dit-on, que la convention ait lieu entre absents ou entre présents ; dans les deux cas, les mêmes conditions sont requises pour le consentement. C'est dire qu'il ne peut pas y avoir convention à l'insu de l'une des parties et que, par conséquent, chacune d'elles doit, lors de la formation du contrat, savoir ce que veut l'autre [1].

[1] C'est bien notamment à ce point de vue que se placent les arrêts conformes à la *théorie de l'information :* « Attendu que la réciprocité des consentements suppose que les contractants manifestent leurs volontés de manière que l'un ait connaissance de celle de l'autre et *vice versa*. Que le consentement encore ignoré de celui à qui il est transmis est, pour ce dernier, comme s'il n'existait pas ; que c'est uniquement par la connaissance mutuelle de leurs volontés que les parties peuvent savoir qu'elles sont liées l'une envers l'autre ; *qu'il serait peu juste d'obliger celle ci, alors qu'elle ignorerait encore si celle-là consent...* Que les lettres font l'office de la parole entre présents ou de messager entre absents ; que parole et messager ne produisent leur effet que par l'audition... ». Bruxelles, 25 fév. 1867, S., 68. 2. 182, D. P., 67. 2. 193. — « Attendu... qu'une convention exige non seulement le concours de deux volontés, mais encore leur manifestation réciproque, et que cette manifestation n'existe pour chaque partie que lorsqu'elle lui arrive par les sens dans les conventions verbales, par la réception de la lettre dans les marchés par correspondance ; que tant qu'une des parties ignore le concours de volontés d'où résulte la convention, celle-ci n'existe pas pour elle ». Chambéry, 8 juin 1877, S., 77. 2. 252, D. P., 78. 2. 112. — V. aussi Bourges, 19 janv. 1866, S., 66. 2. 218, D. P., 66. 2. 64.

On répond avec raison que les volontés concourent dès qu'elles se rencontrent : or elles se rencontrent au moment où celle de l'acceptant s'unit à celle du pollicitant. Aller plus loin, c'est rendre impossible tout contrat par correspondance et, par conséquent, méconnaître les nécessités pratiques. Si, en effet, on décide que le pollicitant doit avoir connaissance de l'acceptation, la convention ne pouvant pas naître à son insu, il faut logiquement exiger aussi que l'acceptant sache que la nouvelle de son adhésion est parvenue au pollicitant. Or, il n'y a pas de raison pour s'arrêter dans cette voie. En effet, logiquement encore, le contrat ne devra pas se former, si l'auteur de l'offre ne sait pas que l'acceptant est renseigné sur la connaissance que lui, pollicitant, a de l'acceptation, et ainsi à l'infini [1]. Sans quoi l'une des parties se trouverait liée sans le savoir, contrairement à ce que veut l'opinion que nous repoussons; elle ne serait pas dans la même situation que si la convention avait lieu entre présents. D'ailleurs la très grande majorité des auteurs qui défendent cette opinion reconnaissent que, si l'offre est agréée tacitement il n'est pas besoin, pour la formation du contrat, qu'elle soit portée à la connaissance du pollicitant, et il est évident que, s'ils se prononçaient autrement, ils excluraient la possibilité même d'une acceptation tacite. Mais pourquoi serait-on plus exigeant relativement à l'acceptation expresse ? On fait observer que, dans notre système, le pollicitant sera quelque temps dans une situation embarrassante, car il ne saura pas s'il est lié ou non envers celui à qui il a fait la proposition. Mais le même inconvénient ne se produit-il pas en cas d'acceptation tacite? De plus, si, dans la théorie adverse, l'auteur de l'offre connaît la convention à l'instant même où elle prend naissance, en revanche l'acceptant est condamné à demeurer pendant un intervalle plus ou moins long dans l'incertitude, car, tant qu'il ne saura pas si l'offrant est renseigné sur son adhésion, il aura lieu de craindre que le con-

[1] V. spécialement pour cet argument, Marcadé, IV, n. 395, et les motifs d'un arrêt de la cour du Banc du roi d'Angleterre, rapporté par Carey dans la *Revue Fœlix*, XI, 1844, p. 790, et dont on trouvera le passage le plus important dans Valéry, *op. cit.*, p. 161, note 1.

trat ne se forme pas. Or, pourquoi sacrifier l'intérêt de l'acceptant plutôt que celui du pollicitant, alors surtout que l'application des principes conduit au résultat inverse ? On objecte encore la disposition de l'art. 932, aux termes de laquelle, quand l'acceptation d'une donation est faite par acte postérieur, « la donation n'a d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ». Cette disposition ne serait qu'une application d'un principe commun à tous les contrats. Il n'y a, dit-on, aucun motif pour la considérer comme particulière aux donations, si ce n'est en ce que l'acceptation doit être dénoncée au donateur sous la forme d'une notification ; car, si la loi se montre exceptionnellement rigoureuse relativement aux conditions requises pour les donations, c'est seulement en soumettant la perfection de celles-ci à certaines formalités ! Il est aisé de réfuter cet argument : d'abord, s'il était nécessaire, pour l'existence des divers contrats, que l'offrant connût l'acceptation, il serait étrange qu'une règle aussi importante et d'une application aussi générale ne fût révélée qu'incidemment et d'une façon énigmatique à propos d'un acte que les auteurs du Code n'ont même pas considéré comme un contrat (1). D'ailleurs, le texte même de l'art. 932 prouve qu'il s'agit ici d'une disposition particulière aux donations : c'est exclusivement « à l'égard du donateur » que l'effet de la libéralité est reporté au jour où l'acte constatant l'acceptation lui aura été notifié. Il résulte donc des termes mêmes de cet article qu'à l'égard des autres personnes, la donation existera dès avant cette époque. Ainsi, en résumé, l'opinion à laquelle nous croyons devoir nous rallier peut invoquer à la fois les principes du droit, les textes et les considérations pratiques (2).

(1) Conseil d'Etat, séance du 7 pluviôse an XI, Fenet, XII, p. 261 ; Locré, XI, p. 88.

(2) *Sic* Duranton, XVI, n. 45 ; Marcadé, IV, n. 395 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistr.*, I, n. 189 ; Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, VI, p. 162 ; Vincens, *Législ. commerciale*, I, p. 163 et II, p. 49 ; Fœlix, *Tr. de dr. int. privé*, I, n. 105 ; Ripert, *Essai sur la vente commerciale*, p. 40 s. ; *Dict. des dr. d'enreg.*, v° *Convention*, n. 5 ; Demolombe, XXIV, n. 75 ; Garsonnet, *Tr. de proc.*, 2e édit., § 484, p. 149, note 11 ; Vigié, II, n. 1121 ; Valéry, *op. cit.*, n. 140-148 et 150-166. — Metz, 5 fév. 1820, S. chr., VI. 2. 201 ; D. *Rép. alph.*, v° *Compte courant*, n. 436. — Bourges, 10 janv. 1823, S., VII. 2. 190, D., *op.* et v° *cit.*, n. 440. — Rouen, 6 janv. 1824, S. chr., VII. 2. 286 ; D., *op.* et v° *cit.*,

La théorie que nous venons d'adopter a reçu le nom de théorie de la *déclaration* ou de l'*agnition* (1), et celle que nous avons rejetée le nom de théorie de l'*information* ou de la *récognition* (2).

n. 472. — Limoges, 19 janv. 1828, S. chr, IX. 2. 336; D. P., 29. 1. 121. — Colmar, 17 fév. 1840, S., 40. 2. 385, D., *op.* et v° *cit.*, n. 503. — Pau, 16 juillet 1852, S., 52. 2. 418, D. P., 54. 2. 205. — Lyon, 1er juin 1857, D. P., 58. 2. 21. — Angers, 20 juin 1860, D. P., 60. 2. 206. — Caen, 15 juin 1871, D. P., 72. 5. 111. — Rennes, 6 fév. 1873, S., 73. 2. 261, D. P., 75. 2. 224. — Rouen, 28 fév. 1874, D. P., 77. 2. 222. — Bruxelles, 24 déc. 1879, *Pasicr.*, 80. 2. 266. — Trib. comm. Seine, 6 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 83. 1. 529. — Douai, 15 mars 1886, D. P., 88. 2. 37. — Poitiers, 4 nov. 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 2. 907. — Rennes, 17 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 300. — Paris, 30 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 825. — Poitiers, 21 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 297. — Rennes, 15 déc. 1891, *Rec. Nantes*, 92. 1. 8. — Bordeaux, 11 mars 1892, *Rec. Bordeaux*, 92. 1. 192. — Lyon, 12 avril 1892, D. P., 92. 2. 324. — Limoges, 2 mars 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 659. — Pour les auteurs qui se sont prononcés dans le même sens en Allemagne, Italie, Angleterre et aux Etats-Unis, v. Valéry, *op. cit.*, n. 134, p. 131. — Cette opinion est également celle de la plupart des anciens auteurs qni ont traité la question. V. notamment Cujas, *Observationes*, XIII, ch. XXXI, B.; Casaregis, *Disc.*, XXXVIII, n. 51 et 52, et *Disc.*, CLXXIX, n. 1; Pothier, *Vente*, n. 32, et, pour les autres, v. Valéry, *op. cit.*, n. 134, p. 129-130. — *Contra* Toullier, VI, n. 29; Troplong, *Vente*, I, n. 25, et *Louage*, n. 115; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, I, n. 250; Delamarre et Le Poitvin, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 99; Massé, *Dr. comm.*, I, n. 579; Gauthier La Chapelle, *Etudes de jurispr. commerciale*, p. 81; Larombière, I, p. 16 et 19 (art. 1101, n. 19 et 21); Robert, *Des contrats par correspondance;* Flandin, *Revue du notariat et de l'enregistrement*, X, 1869, p. 561; Wurth, *Dissertation Belg. judic.*, 1862, 1409; Laurent, *Principes de droit civil*, XV, n. 479, et *Princ. de dr. intern. privé*, VII, n. 447; Arntz, III, n. 12; Namur, *Le code belge révisé*, I, n. 250; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 3e édit., p. 506, n. 1012. — Caen, 7 août 1820, S. chr, VI. 2. 303. — Paris, 17 avril 1852, S., 52. 2. 206, D. P., 52. 5. 381. — Paris, 11 janv. 1854, S., 54. 2. 136, D. P., 54. 2. 139. — Paris, 6 mars 1865, S., 66. 2. 145, D. P., 67. 2. 25. — Bourges, 19 janv. 1866, S., 66. 2. 218, D. P., 66. 2. 64. — Bruxelles, 25 fév. 1867, S., 68. 2. 182, D. P., 67. 2. 193. — Lyon, 27 juin 1867, S., 68. 2. 182, D. P., 67. 2. 194. — Aix, 11 mai 1872, *Rec. Marseille*, 72. 1. 66. — Gand, 9 avril 1874, *Jurispr. Anvers*, 75. 2. 263. — Chambéry, 8 juin 1877, S., 77. 2. 252, D. P., 78. 2. 113. — Trib. Courtrai, 19 nov. 1881 et 25 mars 1882, *Pasicr.*, 82. III, 360. — Orléans, 26 juin 1885, S., 86. 2. 30, D. P., 86. 2. 135. — Amiens, 26 avril 1887 et 10 mars 1888, *Rec. Amiens*, 1888, p. 52 et 53. — Rennes, 10 juillet 1889, *Rec. Nantes*, 1889. 1. 228. — Trib. comm. Anvers, 14 avril 1891, *Jurispr. d'Anvers*, 93. 1. 90. — Nimes, 15 juin 1900, D. P., 1901. 2. 415. — Toulouse, 13 juin 1901, D. P., 1902. 2. 16. — Pour les partisans de cette opinion en Allemagne et en Italie, V. Valéry, *op. cit.*, n. 132 *in fine*, p. 129. — Dans notre ancien droit, quelques auteurs s'étaient déjà prononcés dans ce sens. V. Valéry, *op. cit.*, n. 132, p. 128.

(1) En allemand *Ausserungtheorie*. V. Kœppen, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Privatrechts)*, 1871, XI, p. 139.

(2) En allemand *Vernehmungstheorie*. V. Kœppen, *op. cit.*

38. Plusieurs auteurs, tout en repoussant le système que nous venons de critiquer, ne sont pas d'avis que la convention se forme dès l'instant où l'acceptation est manifestée. Mais ils se divisent quand il s'agit de déterminer la condition que, d'après eux, il convient d'exiger en sus. Certains veulent que l'acceptant se soit irrévocablement dessaisi de la lettre ou du télégramme, ou, plus généralement, qu'il ait recouru, pour transmettre l'acceptation, à un moyen qu'il n'est plus en son pouvoir d'arrêter (1). C'est la théorie à laquelle on a donné le nom de théorie de l'*expédition* (2). D'autres reculent la formation du contrat jusqu'au moment où l'acceptation est arrivée chez l'offrant, sans qu'il soit besoin d'ailleurs que celui-ci en ait pris connaissance (3). C'est ce qu'on a appelé la théorie de la *réception* (4). Mais ces exigences ne nous paraissent nullement justifiées. Il ne serait ni juridique ni rationnel que le fait même de l'expédition d'une missive ajoutât quelque force à un consentement exprimé et dont les traces ne sauraient être anéanties. Dans tous les cas, ce système repose sur cette idée que les lettres ou les télégrammes appartiennent à leurs destinataires dès qu'ils ont été remis à un bureau de poste ou du télégraphe (5). Or cette proposition est contredite par des textes formels. Déjà l'*Instruction générale sur le service des Postes,* du 20 mars 1868, décidait que l'auteur d'une lettre pouvait la retirer tant qu'elle n'était pas

(1) Duvergier, *Vente,* I, n. 58; Couétoux, *Des achats et des ventes de marchandises,* p. 70; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 294-295, texte et notes 24, 25 et 26, 5e édit., p. 486-487, texte et notes 24, 25 et 26; Boistel, *Précis de dr. comm.,* n. 443; Laurin, *Dr. comm.,* n. 114; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.,* I, n. 629-631 et 756, et *Traité de droit comm.,* III, n. 27; Edgar, Hepp, *De la correspondance privée, postale ou télégraphique,* n. 106 s.; Guillouard, *De la vente et de l'échange,* I, n. 16; Thiry, II, n. 568, p. 556-558; Bufnoir, *Propriété et contrat,* p. 471-478. — Cpr. Girault, *Des contrats par correspondance,* n. 69. — Pour l'indication des auteurs allemands, italiens, anglais et américains, V. Valéry, *op. cit.,* n. 135.

(2) En allemand *Uebermittelungstheorie,* V. Kœppen, *op.* et *loc. cit.*

(3) En France, ce système n'a guère été adopté que par Persil et Croissant, *Des commissionnaires,* p. 272. Mais, en Allemagne, il compte un certain nombre d'adhérents. On en trouvera l'énumération dans Valéry, *op. cit.,* n. 136 *in fine.*

(4) En allemand *Empfanhstheorie,* V. Kœppen, *op.* et *loc. cit.*

(5) V. notamment Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 295, texte et note 26, et 5e édit., p. 487, note 26.

partie, à la condition seulement qu'il justifiât de son identité et signât sur un registre spécial. Art. 389. Mais aujourd'hui, conformément à un avis du conseil d'Etat, du 6 août 1883, l'*Instruction* n. 319 autorise le retrait de tous objets confiés à la poste tant qu'ils ne sont pas parvenus à leur destination (1). D'autre part, le décret du 7 février 1894 sur le service télégraphique renferme une disposition analogue en ce qui concerne les télégrammes. Sans doute, en supposant que les principes du droit soient en sens contraire, ils n'ont pas pu être modifiés par des règlements d'administration; mais, si ces règlements n'ont pas le caractère de dispositions législatives, du moins servent-ils à établir la convention qui est intervenue entre l'administration des Postes et le public, et cette convention, aux termes de l'art. 1134, fait la loi des parties (2). Bien plus! alors même qu'une missive expédiée serait la propriété du destinataire, il ne s'ensuivrait pas que l'expédition entraînât la formation du contrat. Le fait qu'une lettre est remise à un bureau de poste n'a rien en lui-même qui doive rendre définitive et irrévocable la manifestation de la volonté de l'expéditeur. Ce qui appartiendrait au destinataire, ce serait tout simplement la lettre envisagée dans sa matérialité. Donc, si, comme on le prétend dans la théorie *de l'expédition,* la convention n'a pas lieu à l'instant où l'acceptation a été exprimée, l'auteur de la lettre doit pouvoir, en employant un moyen de communication plus rapide, par exemple le télégraphe ou le téléphone, rétracter son acceptation tant que la missive n'est pas parvenue à son adresse, car, encore une fois, en admettant que l'union des deux volontés n'existe pas avant l'expédition, ce n'est certainement pas celle-ci qui peut la réaliser (3).

(1) *Bulletin mensuel des Postes,* 1884, n. 191. — Même disposition dans l'art. 9 de la convention postale universelle conclue à Vienne, le 4 juillet 1891. V. *Journal officiel* des 26 et 27 juin 1892. — Aujourd'hui la jurisprudence est conforme. V. Poitiers, 17 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 85. 2. 260. — Riom, 13 juill. 1891, *Gaz. Trib.*, 13 oct. 1891.

(2) V. pour plus de développements, Valéry, *op. cit.*, n. 146-147.

(3) Comme le fait observer la Cour de Chambéry, dans l'arrêt précité du 8 juin 1877, où elle a d'ailleurs le tort, suivant nous, d'adopter la théorie de l'information : « Si l'on peut dire que la lettre mise à la poste devient la propriété du destinataire,

Quant à la théorie de la *réception*, il est évident qu'on peut lui adresser à peu près les mêmes objections qu'à la théorie de l'*information*. Mais, au point de vue rationnel, elle pèche plus encore que cette dernière : pourquoi la convention se formerait-elle lors de la remise de la lettre ou du télégramme aux mains du pollicitant, avant même que celui-ci n'ait pris connaissance du contenu de la missive? On ne pourrait ni en droit ni en raison expliquer un pareil résultat, car la lettre ou le télégramme peut annoncer le refus aussi bien que l'acceptation, et, par conséquent, la simple réception ne peut pas être un des éléments constitutifs du consentement [1].

39. Le problème qui vient de nous occuper a fait l'objet de dispositions expresses dans plusieurs codes étrangers; mais il a été résolu par eux diversement. Un seul de ces codes pose nettement et en termes absolus le principe de la nécessité de l'*information*. C'est le C. civ. espagnol. Sa disposition mérite d'être rapportée : « L'acceptation donnée par lettre n'oblige celui qui a fait l'offre que du moment où elle est arrivée à sa connaissance. Le contrat, en pareil cas, est présumé conclu au lieu où l'offre a été faite ». Art. 1262, al. 2. Mais il est à remarquer que le Code de commerce d'Espagne, promulgué quatre ans seulement avant le code civil du même pays, consacre en termes non moins catégoriques la théorie de l'*acceptation stricto sensu* : « Les contrats qui sont conclus par correspondance seront parfaits dès que sera faite la réponse contenant acceptation de la proposition ou des conditions qui la modifieront ». Art. 54. Or, en vertu du principe que les lois particulières dérogent aux lois générales, cette

ce n'est qu'au point de vue matériel, puisque ce dont elle est l'expression peut être annulé avant qu'elle lui parvienne ». De même la cour d'Orléans, dans l'arrêt du 26 juin 1885, également précité, s'exprime ainsi : « S'il est vrai que la lettre, par l'effet d'une fiction, à partir de sa remise au transporteur, soit devenue la chose du destinataire, il n'en est pas de même de son contenu, c'est-à-dire de l'acceptation... ».

[1] Valéry, *op. cit.*, n. 148. — Un auteur allemand, Windscheid, est d'avis de ne pas s'attacher à un principe exclusif et d'emprunter indifféremment à l'un des systèmes que nous avons étudiés la solution qui paraîtra le mieux convenir à chaque hypothèse particulière. Cette théorie est inadmissible, car elle est de nature à produire, dans l'application, le désarroi le plus complet. V. l'exposé et la critique de ce système dans Valéry, *op. cit.*, n. 137, 138 et 168.

dernière disposition ne peut pas être considérée comme abrogée par la règle qui a été formulée dans le code civil. On trouve encore le système pur et simple de l'acceptation dans le C. civ. portugais et dans le C. co. du Chili : « Le contrat, dit le premier de ces codes, devient parfait par l'acceptation de l'offre, sauf dans les cas où la loi exige quelque autre formalité ». Art. 649. Cette formule se retrouve presque textuellement dans le C. civ. mexicain, art. 1288. Et le C. co. du Chili s'exprime ainsi : « Dès que la réponse est donnée, si elle contient l'approbation pure et simple de l'offre, le contrat devient immédiatement parfait, et il produit tous ses effets légaux, à moins qu'avant le moment où la dite réponse est donnée, l'auteur de l'offre ne vienne à la rétracter ou qu'il ne vienne à mourir ou à être frappé d'une incapacité légale ». Art. 101. Le sens de cette disposition est d'autant moins douteux que, d'après l'art. 99 du même code, le pollicitant n'a le droit de retirer l'offre que « dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre l'envoi de ladite offre et l'acceptation... ». Ainsi, une fois que cette dernière a été faite, il y a contrat (1).

Le C. civ. allemand dispose en ces termes : « Une déclaration de volonté qui doit être émise envers un autre devient efficace, à supposer qu'elle soit émise en l'absence de ce dernier, au moment où elle lui parvient. Elle ne devient pas efficace lorsque, antérieurement ou en même temps, parvient à l'autre une révocation ». Art. 130, al. 1er. Ainsi, en principe, ce code a adopté le système de la réception. Toutefois il y apporte la restriction suivante : « Le contrat est formé par l'acceptation de l'offre, sans que cette acceptation ait besoin d'être déclarée envers l'auteur de l'offre, toutes les fois que, d'après les usages admis en affaires, il n'y a pas à attendre une déclaration de cette nature ou que l'auteur de l'offre y a renoncé ». Art. 151 *in princ.* (2).

Le C. de com. hongrois se prononce pour le système de l'information : « ... L'acceptation perd son effet, lorsque l'offrant a reçu connaissance de sa révocation avant ou en

(1) Traduct. Prudhomme, p. 26. — V. aussi art. 101.
(2) Traduct. Saleilles, p. 142 et 175.

même temps que son arrivée ». Art. 316. Il semble bien résulter de ce texte que la formation du contrat est reculée jusqu'au moment où l'adhésion parvient à la connaissance de l'offrant, puisque c'est alors seulement que l'acceptant ne peut plus se rétracter. Toutefois le même code ajoute dans son art. 318 : « Dans un contrat entre absents on doit considérer comme moment de la conclusion celui où la déclaration d'acceptation a été envoyée ou a été émise pour être envoyée » (1). Ainsi le C. de com. hongrois attribue un effet rétroactif à la formation du contrat.

On retrouve ce système dans le C. fédér. des Obligations. En effet, celui-ci, après avoir disposé, dans son art. 7, al. 2, que « l'acceptation est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient à l'auteur de l'offre avant l'acceptation ou en même temps », ajoute : « Lorsqu'un contrat est intervenu entre absents, il déploie ses effets à dater du moment où l'acceptation a été expédiée ». Art. 8, al. 1er (2). Cependant il importe de relever une nuance. Le C. fédér. des obligations fait remonter les effets du contrat, non pas à l'époque de l'acquiescement, mais à l'époque de l'expédition de celui-ci. C'est bien ce que disent les derniers mots du texte qui vient d'être cité (3).

D'ailleurs cette dernière combinaison se trouvait déjà dans le C. civ. argentin. Art. 1154 et 1155.

Enfin le C. civ. japonais consacre le système de l'expédi-

(1) Traduct. de la Grasserie. — Toutefois « lorsque l'acte doit être, d'après l'intention des parties, immédiatement exécuté, on ne peut révoquer l'acceptation, si l'exécution est commencée ». Art. 317. — Le système du C. co. hongrois n'est que la reproduction de celui de l'ancien C. co. allemand. V. ce dernier code, art. 320, al. 2, art. 321. — Le nouveau code de commerce allemand est muet sur la question. Il s'ensuit que, désormais, elle est réglée, même en matière commerciale, par les dispositions du code civil. — V. art. 2 de la loi d'introduction au nouveau code de commerce.

(2) Mais « lorsqu'une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat commencent à dater de la réception de l'offre non refusée ». Art. 8, al. 2.

(3) Le C. co. italien veut qu'en principe les contrats bilatéraux soient considérés comme formés au lieu et à l'époque où l'auteur de l'offre est informé de l'acceptation. Mais les exceptions qu'il apporte à cette règle sont si compréhensives que les applications de celle-ci sont très rares. Art. 36. V. pour l'explication de ces exceptions Valéry, *op. cit.*, n. 251-252, p. 230-233. — Quant aux contrats unilatéraux, le même code consacre en termes absolus le système de la déclaration.

tion : « Le contrat entre personnes non présentes se forme au moment où la notification de l'acceptation est expédiée ». — « Dans le cas où la notification de l'acceptation n'est pas nécessaire, soit parce que l'offrant a déclaré ne pas l'exiger, soit parce qu'elle n'est pas dans l'usage, le contrat se forme au moment où se sont produits des faits impliquant la volonté d'accepter ». Art. 526 (1).

40. La question de savoir si l'acceptation suffit pour la formation du contrat ou s'il est nécessaire en outre qu'elle soit parvenue à la connaissance du pollicitant ne présente guère d'intérêt que pour les contrats par correspondance. Quant aux autres, l'acceptation ne pouvant, par la force des choses, sauf dans des cas absolument extraordinaires, se manifester à l'insu de l'offrant, la question ne peut même pas se poser. Ainsi l'on peut dire que la situation est tout à fait différente suivant que la convention a lieu entre présents ou entre absents. Si les parties, au moment où elles traitent, sont en présence l'une de l'autre, il est évident que le contrat se forme au lieu même où la proposition a été exprimée, tandis que, dans l'autre hypothèse (du moins si l'on admet, quant à la formation du contrat, la théorie de l'*acceptation*), la convention prend naissance au lieu où l'offre a été agréée. De là des conséquences très importantes en matière de compétence commerciale et à d'autres points de vue. On comprend, par suite, qu'il n'est pas indifférent de savoir si, comme on l'a prétendu, les contrats par téléphone doivent être réputés formés entre présents. L'intérêt de cette question est d'autant plus grand que, depuis plusieurs années, on peut correspondre téléphoniquement avec des personnes qui se trouvent dans certains pays étrangers. Quels sont donc les arguments invoqués à l'appui de l'opinion que nous venons d'indiquer? Ce qui caractérise les contrats entre absents, dit-on, c'est ce fait que la volonté manifestée par chacune des parties n'est pas immédiatement perçue par l'autre et qu'elle n'est pas directement portée à la connaissance de cette dernière par

(1) C. civ. japon., liv. I, II et III, texte revisé, promulgué le 28 avril 1896, traduit par Motono et Tomii.

celle qui l'exprime. Or, dans les contrats par téléphone, rien de pareil : le futur acceptant est informé de l'offre par la voix même du pollicitant; celui-ci apprend l'acceptation de la bouche même de celui qui la fait. Tous deux sont renseignés sur-le-champ. Ils sont dans la même situation que s'ils étaient matériellement en face l'un de l'autre. En un mot, on trouve dans les contrats par téléphone tous les caractères des contrats entre présents.

Mais, à notre avis, ce raisonnement, quelque spécieux qu'il soit, est sans portée, et nous croyons que l'opinion du vulgaire est la bonne : les conventions entre présents supposent essentiellement que les deux parties sont effectivement dans le même lieu. Or il n'en est pas ainsi pour les contrats par téléphone. Ce qui prouve bien aussi que ces contrats doivent être considérés comme conclus entre absents, c'est qu'ils soulèvent des difficultés qui, par leur nature même, sont étrangères aux conventions entre présents.

On objecte que deux personnes qui conversent par téléphone sont dans la même situation que si elles causaient ensemble au moyen d'un tube acoustique. Or, fait-on remarquer, les contrats conclus par ce dernier procédé sont certainement formés entre présents, et, par suite, il doit en être de même des conventions faites par téléphone. Non ! car, à la différence de celles-ci, les contrats pour la conclusion desquels on recourt à un tube acoustique ne font pas naître les difficultés dont nous venons de parler et qui sont le propre des contrats entre absents. Il faut toutefois reconnaître que, pour les conventions qui se forment par correspondance téléphonique, comme pour les conventions entre présents, on ne peut pas distinguer entre le moment où l'acceptation est exprimée et celui où elle est connue de l'offrant. En effet, dans les contrats par téléphone, aussi bien que dans les contrats entre présents, qu'il s'agisse de l'offre ou de l'acceptation, la manifestation de la volonté et la perception de cette manifestation sont, pour ainsi dire, simultanées. Il en résulte que, pour les uns comme pour les autres, on n'a pas à rechercher si leur conclusion ne date que de l'époque où elle a été connue de l'offrant ou si elle remonte au moment de

l'acceptation. Il y a donc là un certain trait commun aux contrats par téléphone et aux contrats conclus entre personnes qui sont dans un même lieu. Mais là s'arrête la ressemblance. En un mot, si l'on peut dire qu'au point de vue du temps, les contrats par téléphone doivent être assimilés aux conventions entre présents, ils sont certainement, au point de vue du lieu, de véritables contrats entre absents (1).

40 I. Nous n'avons rien de particulier à signaler relativement au cas où le phonographe est employé pour la conclusion d'un contrat. Que les parties échangent des phonogrammes ou des lettres, les difficultés qui peuvent se présenter sont les mêmes (2).

41. La notion même du consentement suppose qu'il existe entre les volontés des contractants une concordance parfaite, sans quoi l'on ne pourrait pas dire qu'elles s'accordent vraiment sur un même point (3). Cette concordance doit donc exister non seulement quant à la nature du contrat qu'il s'agit de former, aux personnes qui seront les sujets de ce contrat, à la chose qui fait l'objet de l'offre, mais aussi quant aux diverses modalités qui doivent affecter la convention (4).

(1) *Sic* Valéry, *op. cit.*, n. 58-62 ; Vidal, *Le téléphone au point de vue juridique*, p. 92 à 96 ; Surville, *Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux*, *Journa de droit international privé*, XVIIIe année, 1891, p. 372 ; A. Girault, *Tr. des contrats par correspondance*, p. 250 s. ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 28 (V. aussi cet ouvrage, même vol., n. 19 *bis*) — Et, à l'étranger, Norsa, *Il telefono e la legge (Mem. dell' Istit Lombardo di scienze e lettere*, XV, p. 69 s. ; Milano, 1883) ; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 4e éd., III, n. 186 *bis* ; Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, I, p. 102. — Cpr. Vidari, *I contratti per telefono*, *Giornale delle leggi*, n. 42 et 46 ; Bollaffio, *Archivio Giuridico*, XXIX, 1882, p. 505. — *Contra* Darquer, *Des contrats par correspondance*, p. 11 ; et, à l'étranger, Meili, *Das Telephonenrecht*, (Leipzig, 1885), p. 202 ; Gabba, *Il telefono e la giuriprudenzia*, *Giornale delle leggi*, n. 40 ; Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, n. 28 ; Bianchi, *I contratti conclusi per telefono*, p. 28.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 28 *bis*.

(3) « Il n'y a contrat que si les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque ». C. féd. des oblig., art. 1er. — Valéry, *op. cit.*, n. 104. — Trib. civ. Albi, 29 mai 1901, *Gaz. trib.*, 2e part., 1901. 2. 121. — Mais il va sans dire que la concordance dont il s'agit ici n'est relative qu'au fond. Dans notre législation, comme dans toutes les législations non formalistes, les différences qui n'existent que dans les expressions employées par les parties ne font pas obstacle à la conclusion du contrat.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e. édit., p. 291, 5e édit., p. 480 ; Demolombe, XXIV,

Ainsi il n'y aura pas consentement si l'une des parties entend faire une vente, tandis que l'autre a l'intention de conclure un louage (1) ; de même si l'une a en vue tel objet, alors que l'autre veut faire porter le contrat sur une chose différente (2) ; le consentement serait également impossible si, dans la pensée du stipulant, l'obligation devait être pure et simple, bien que le promettant eût la volonté de la soumettre à un terme ou à une condition (3). Plus généralement, toute restriction à la plénitude de l'obligation qui serait exigée par le promettant sans être admise par le stipulant ferait obstacle à la formation du consentement (4).

42. Les auteurs examinent ici des difficultés qui sont absolument classiques, et dont certaines même étaient déjà prévues par les jurisconsultes romains. Si l'offre de contracter s'adresse à plusieurs personnes, et que, parmi ces dernières, une ou quelques-unes seulement acceptent, le contrat se for-

n. 46 s. ; Laurent, XV, n. 471. — Quand celui à qui l'offre s'adresse ne l'accepte qu'en la modifiant, à proprement parler, au lieu d'accepter, il fait à son tour une proposition. D'où cette disposition du C. civ. portugais : « Si la réponse contient un changement à l'offre, on considèrera cette modification comme une offre nouvelle ». Art. 654. Le contrat ne se forme donc que si l'offre modifiée est acceptée par celui qui a pris l'initiative de la convention. — V. dans le même sens C. co. italien, art. 37; C. co. hongrois, art. 319; C. co. roumain, art. 39; C. civ. argentin, art. 1152; C. civ. allem., art. 150, al. 2; C. civ. japon. (revisé en 1896), art. 528; C. co. chilien, art. 102. Ce dernier code, consacrant, en ce qui concerne le lieu de la formation du contrat, la théorie de l'acceptation *stricto sensu*, dispose très logiquement que, lorsqu'une offre a été acceptée d'une façon conditionnelle, la convention sera réputée conclue au lieu de la résidence du contractant qui a accepté l'offre modifiée. Art. 104. — V. aussi ancien C. co. allem., art. 322.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 292, 5e édit., p. 481 ; Demolombe, XXIV, n. 52 ; Laurent, *loc. cit.* — V. *infra*, n. 52-1°.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 291, 5e édit., p. 480 ; Demolombe, XXIV, n. 49 ; Laurent, *loc. cit.* — V. *infra*, n. 52-2°.

(3) Quelle est la portée de ces mots « lettre suit » insérés dans le télégramme qui contient l'acceptation ? Si, en fait, ils donnent à celle-ci un caractère conditionnel, le contrat peut ne pas se former. Il en est autrement si la lettre qu'ils annoncent a simplement pour but de régler le mode d'exécution de la convention. Valéry, *op. cit.*, n. 113. — Cpr. Gand, 29 avril 1885, *Pasicr.*, 85. 2. 276.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 292, 5e édit., p. 481 ; Demolombe, XXIV, n. 53 ; Laurent, *loc. cit.* — C. co. hongrois, art. 319; C. co. roumain, art. 39. — V. aussi ancien C. co. allem., art. 322. — Mais si l'acceptant, tout en donnant son consentement, fait observer que l'acceptation lui est peu avantageuse ou même qu'elle lui est préjudiciable, le contrat ne s'en forme pas moins, car la déclaration dont il s'agit n'a point la portée d'une restriction. Valéry, *op. cit.*, n. 108.

mera-t-il entre celles-ci et le promettant? Doit-on dire, au contraire, que, faute d'avoir été acceptée par tous ceux à qui elle était faite, l'offre ne peut pas donner naissance à une convention? Cela dépend de l'intention des parties, et, par suite, le juge ne peut résoudre cette difficulté qu'en s'inspirant des circonstances. La nature même du contrat, le but poursuivi par les parties et les autres éléments du fait devront le guider dans sa décision (1).

C'est en se plaçant au même point de vue qu'on peut se prononcer sur la question de savoir si le consentement se forme lorsque, dans l'intention de l'une des parties, la convention ne doit pas avoir pour objet toutes les choses que l'autre veut y comprendre. Dans cette hypothèse y aura-t-il, du moins, consentement par rapport aux choses sur lesquelles, de part et d'autre, on a eu l'intention de contracter? Les tribunaux doivent rechercher, de la façon que nous avons indiquée, quelle a été la volonté des prétendus contractants (2).

Nous donnerons la même solution pour le cas où l'une des parties entend prêter une somme supérieure à celle que l'autre veut emprunter (3).

Mais, dans ces diverses hypothèses et dans toutes les hypothèses analogues, en supposant que les juges ne puissent pas découvrir par l'examen des circonstances quelle a été l'inten-

(1) Demolombe, XXIV, n. 48, et les autorités qu'il cite; Laurent, *loc. cit.*

(2) Demolombe, XXIV, n. 50. — Cpr. *Instit.*, § 18, *De inutil. stipul.*, liv. III, tit. IX; L. 83, §§ 2 et 4, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(3) Demolombe, XXIV, n. 51; Laurent, *loc. cit.*; Valéry, *op. cit.*, n. 109. — Les jurisconsultes de l'époque classique étaient en désaccord sur le point de savoir si la stipulation qui avait pour objet une somme d'argent était valable quand la réponse contenait plus ou moins que l'interrogation. Ulpien et Paul estimaient qu'il y avait contrat pour la somme la plus faible. L. 1, § 4 et L. 83, § 3, D., *De verb. oblig.* Mais Gaius décidait qu'il ne pouvait pas naître d'obligation, *Comm.*, III, § 102. C'est son opinion qui a été admise par les rédacteurs des *Institutes* de Justinien, *De inutil. stipul.*, § 5. En réalité, c'est elle également que nous adoptons, car, évidemment, Gaius, ainsi d'ailleurs que Paul et Ulpien, supposait que les circonstances n'étaient pas de nature à révéler au juge si les deux parties avaient considéré la somme comme décomposable. On se demandait, par suite, quelle était la présomption qui devait être admise, et Gaius était d'avis qu'on présumât la non formation du contrat. — Cpr. Accarias, 4e édit., II, n. 500, p. 36-38.

tion des parties, ils devront se prononcer contre la formation de l'engagement, soit parce que toute obligation est une atteinte à la liberté naturelle de l'homme, soit parce que nul ne peut acquérir un droit contre sa volonté.

43. La manifestation du consentement est, dans certains cas, expresse ; dans d'autres, implicite ou tacite (1). Elle est expresse quand elle consiste en paroles, écritures (2), gestes ou signes. Une inclination de tête, une poignée de mains peuvent être considérées avec raison comme révélant l'intention de contracter. Il n'est donc pas impossible qu'un sourd-muet manifeste cette intention d'une façon expresse (3).

Le consentement est donné tacitement, quand il résulte de faits qui ne pourraient s'expliquer en son absence (4). Ainsi le fait, par le bailleur, de remettre au locataire un écrit sur timbre portant engagement de prorogation de bail, implique

(1) *Sic*, Code fédér. des oblig., art. 1er *in fine;* C. com. chilien, art. 103. — Le premier texte du projet du C. civ. allemand portait que « la déclaration de volonté peut se faire expressément ou tacitement ». Art. 72. Mais la commission chargée de réviser le projet pour la seconde lecture a supprimé cette disposition à raison de son caractère général, la loi répudiant souvent le consentement tacite. V. R. de la Grasserie, *Bull. de la soc. de législ. comp.*, XXVIe année, p. 597. — Jugé que les personnes qui accompagnent un candidat chez un imprimeur et demandent à celui-ci de faire les imprimés électoraux de celui-là, s'engagent tacitement à payer le montant de ladite commande, alors surtout qu'elles font ouvertement campagne en faveur de ce candidat et que ce dernier est notoirement hors d'état d'acquitter les frais de propagande, Justice de paix du XVIIIe arrondissement de Paris, 18 juin 1897, *Gaz. Trib.*, 9 juill. 1897.

(2) Peu importe, évidemment, que l'offre et l'acceptation aient été formulées dans des langues différentes. Cette circonstance n'empêche pas la formation du contrat, pourvu que chacune des parties puisse connaître, par exemple au moyen d'un interprète, le sens de la déclaration faite par l'autre. — Valéry, *op. cit.*, n. 105.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 293, note 18, 5e édit., p. 483, note 18; Demolombe, XXIV, n. 55; Laurent, XV, n. 482. — « Celui-là seul qui est dans l'impossibilité physique de parler ou d'écrire pourra exprimer son consentement par d'autres signes non équivoques ». C. civ. mexic., art. 1287.

(4) Toullier, VI, n. 32 s.; Troplong, *Vente*, I, 29; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 554, § 613; Larombière, I, p. 11 (art. 1101, n. 11); Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, XXIV, n. 56; Laurent, *loc. cit.* — « La manifestation du consentement peut être faite..... par tout acte d'où elle se déduise nécessairement ». C. civ. portugais, art. 648 (Trad. Lepelletier). — « On exprime sa volonté. ... même tacitement par des actes qui, eu égard aux circonstances, ne laissent aucun motif de douter de son existence ». C. civ. autrichien, art. 863. — *Adde* C. civ. Louisiane, art. 1805; C. civ. argentin, art. 1145.

nécessairement chez le premier le consentement à la prorogation, et le fait, par le locataire, de faire enregistrer cet écrit démontre qu'il a entendu profiter de ce consentement (1).

On peut voir encore une acceptation tacite dans le fait de réclamer aux conditions annoncées, l'exécution d'un service promis, par exemple l'exécution d'offres faites au public. Cette décision présente un grand intérêt pratique au point de vue des rapports du public avec les entrepreneurs de transport. C'est ainsi qu'une compagnie de bateaux à vapeur qui a informé le public par la voie des journaux et des affiches qu'elle effectuerait le transport des marchandises moyennant un fret tarifé par elle suivant la nature de celles-ci, n'est pas en droit, tant qu'il y a de la place à bord, de se refuser arbitrairement à charger les marchandises qui lui sont présentées (2).

Mentionnons encore, dans ce dernier ordre d'idées, une intéressante décision de la cour de Bruxelles contenue dans un arrêt du 19 novembre 1900 : une compagnie de tramways, en publiant l'itinéraire de ses voitures, l'horaire, les prix et l'indication des points d'arrêt, fait au public des offres de transport, lesquelles, dès le moment où elles sont acceptées, deviennent un contrat de transport parfait. Or l'acceptation peut être non seulement expresse, mais encore tacite, et elle résulte notamment du fait que, à un point d'arrêt, un voyageur a posé le pied sur le marchepied de la voiture ou même de ce simple fait qu'il a saisi la main courante de celle-ci en s'apprêtant à monter (3).

Le Code civil renferme, d'ailleurs, des applications du même principe : par exemple aux termes de l'art. 1985, l'exécution d'un mandat constitue une acceptation tacite de celui-ci. (V. aussi l'art. 1759).

44. Mais si le consentement peut être tacite ou implicite, il n'en est pas moins vrai qu'il ne peut jamais être présumé, c'est-à-dire supposé. La loi n'a pas fait de distinction relativement aux faits qui peuvent démontrer son existence, mais

(1) Req., 15 avril 1874, S., 74. 1. 432, D. P., 75. 1. 356.
(2) Aix, 8 fév. 1853, S., 53. 2. 251, D. P., 55. 2. 239.
(3) D. P., 1902. 2. 356.

encore faut-il que cette existence soit certaine. Le doute doit s'interpréter contre la formation du contrat (1).

D'où cette conséquence que le silence de celui à qui la proposition est adressée n'emporte pas consentement (2). Il est vrai que le défaut de réponse à l'offre n'équivaut pas en lui-même à un refus; mais cette considération n'est pas suffisante pour que la personne qui demeure dans l'inaction soit considérée comme acquiesçant à la proposition, car on ne peut davantage attacher au silence le sens d'une acceptation. Le fait de consentir est un fait essentiellement positif, et qui, au surplus, ne se présume pas (3).

En pratique cette règle trouve surtout son application dans les contrats par correspondance. On ne saurait donc, par exemple, voir un consentement dans le simple silence gardé par la personne à laquelle un commerçant a adressé des offres de vente, accompagnées d'échantillons. Dans ce cas, le défaut de réponse peut s'expliquer tout autrement que par la volonté d'accepter. Il peut être notamment la conséquence d'un oubli, d'une maladie, d'un manque de temps. La circonstance même que le destinataire n'a pas renvoyé les marchandises expédiées spontanément ne saurait donner au silence la portée qu'il n'a pas par lui-même. Il est inadmissible, en effet, que le premier venu puisse mettre quelqu'un dans la nécessité de

(1) Aussi le C. civ. portugais, qui admet formellement le consentement tacite à côté du consentement exprès, dit cependant avec beaucoup de raison : « Le consentement des parties contractantes doit être manifesté clairement ». Art. 647 (Trad. Lepelletier). — Même disposition dans C. civ. mexic., art. 1286.

(2) « Attendu, en droit, que le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». — Civ. cass., 25 mai 1870, S., 70. 1. 341, D. P., 70. 1. 25. — Cpr. Bruxelles, 1er mai 1873, *Pasicr.*, 74. 2. 206; Trib. fédér. suisse, 15 mai 1886.

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 293, texte et note 20, et 5e édit., p. 483 *in fine*, et p. 484, texte et note 20; Demolombe, XXIV, n. 57; Laurent, XV, n. 483; Guillouard, *Vente*, I, n. 17; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 16; Valéry, *Contrats par correspondance*, n. 88. — Le même principe est posé par les auteurs étrangers. — V. Virgile Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, n. 21, p. 40; Regelsberger, *Endemann's Handbuch*, II, n. 446; Anson, *Principles of the English law of contract*, p. 14-15; Ranelleti, *Il silenzio negli atti giuridici*, p. 25. — *Contra* Larombière, I, p. 11 (art. 1101, n. 11). — Cpr. Toullier, VI, n. 33; Gauthier la Chapelle, *Encycl. du dr.*, v° *Contrat*, n. 111.

lui notifier son refus ou de lui réexpédier des marchandises (1). Et même le silence gardé par une partie après réception d'une lettre dans laquelle il lui est donné avis qu'on la tient pour obligée, ne suffit pas pour établir une obligation à sa charge (2).

45. Cependant l'acceptation peut être induite du silence dans les cas suivants (3).

1° Lorsqu'un négociant est déjà en relations d'affaires avec la personne qui lui adresse une lettre portant un ordre d'expédition, son silence prolongé peut être interprété dans le sens de l'acceptation (4). Il en est surtout ainsi lorsque la lettre rappelait des conventions précédemment arrêtées. De plus, celui qui l'a reçue est particulièrement inexcusable de ne pas avoir formulé immédiatement son refus par correspondance,

(1) Toulouse, 11 juin 1881, S., 83. 2. 8, D. P., 82. 2. 206. — Cpr. Trib. comm. Marseille, 10 oct. 1882, *Rec. Marseille*, 83. 1. 16, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 336.

(2) Civ. cass., 25 mai 1870, S., 70. 1. 341, D. P., 70. 1. 257. — Dans l'espèce, il s'agissait d'une personne qui avait laissé sans réponse la lettre par laquelle un banquier, chargé du placement de certaines actions industrielles, l'informait qu'il l'avait portée sur la liste des souscripteurs et qu'il l'avait débitée du montant du premier versement, dont il lui envoyait les reçus.

(3) Voir dans Valéry, *op. cit.*, n. 90-99, l'exposé critique des divers cas d'acceptation tacite admis par M. Marghieri, dans *Il Diritto commerciale italiano exposto sistematicamente*, I, § 51.

(4) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Compte courant*, § 1 ; Pardessus, *Dr. com.*, I, n. 253; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Lettre missive*, n. 18 ; Delamarre et Lepoitvin, *Dr. com.*, II, n. 155; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 293, note 20, 5e édit., p. 484, note 20; Demolombe, XXIV, n. 58; Laurent, XV, n. 483; Valéry, *op. cit.*, n. 94; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n. 16; Guillouard, *Vente*, I, n. 17. — Bordeaux, 3 juin 1867, S., 68. 2. 183, D. P., 67. 2. 106. — V. aussi comme auteurs étrangers Rossel, *Man. du dr. fédéral des oblig.*, n. 26 ; Marghieri, *Il Diritto commerciale italiano*, I, § 51. — Dans le même sens Trib. féd. suisse, 15 mai 1886, précité. — Cpr. Massé, *Dr. com.*, III, n. 1459 s. — Se plaçant au point de vue des abus qui, dans la pratique, découleraient de la solution contraire, la cour de Bordeaux fait très bien observer, dans l'arrêt précité, que, s'il était permis à celui qui reçoit la lettre de la laisser impunément sans réponse, ce serait lui réserver « la faculté de formuler une acceptation ou un refus, suivant que l'affaire présenterait, par la suite, des chances de gain ou de perte, et exposer celui qui l'a écrite à un grave préjudice, si, comptant sur une acceptation, il a lui-même pris des engagements qu'un refus tardif le mettrait dans l'impossibilité de remplir ». — Le C. co. hongrois dit formellement : « Un commerçant qui est en relations d'affaires avec un autre ou qui s'est offert vis-à-vis de lui à l'exécution de mandats, est tenu de s'expliquer immédiatement au sujet d'un mandat ou d'une proposition qui lui est adressée ; autrement, son silence doit être considéré comme une acceptation ». Art. 320, al. 1er (traduct. de la Grasserie). — Cpr. C. fédér. des obligat., art. 5, al. 3.

lorsque, antérieurement, de nombreuses affaires ont été traitées entre les parties verbalement, et que, par suite, l'auteur de l'offre actuelle ne l'a manifestement faite par lettre que parce qu'il s'agissait de constater la conclusion d'une affaire à terme et exceptionnellement importante [1]. Il a même été décidé « qu'en matière de commerce, l'absence de réponse à une lettre écrite à l'occasion de relations d'affaires entamées doit être réputée valoir comme consentement » [2]. Formulée en ces termes, la proposition nous paraît trop absolue; mais nous la croyons inattaquable si on se borne à reconnaître aux tribunaux la faculté d'admettre, dans l'hypothèse prévue, l'existence de l'acceptation [3].

2° Le silence peut aussi emporter acceptation, si la proposition a été provoquée par celui qui l'a reçue. Mais, lorsque ce dernier, en provoquant la proposition, a déterminé les diverses conditions qu'elle devait présenter, et que, sur ce point, l'auteur de l'offre s'est absolument conformé à ses indications, l'exception n'est qu'apparente. La vérité, c'est qu'en provoquant l'offre, celui à qui elle est adressée l'a acceptée par avance, ou plutôt, en réalité, la proposition émane de la partie qui est censée accepter, et l'acceptation, de la partie qui semble faire l'offre, de sorte que, ni d'un côté ni de l'autre, le consentement ne résulte du simple silence. L'exception n'apparaît que si la personne qui a pris l'initiative de la convention a simplement indiqué l'objet de celle-ci sans en régler les détails. Dans ce cas, il suffira, la plupart du temps, que la proposition qui suivra porte sur l'objet prévu pour que les juges reconnaissent au silence de celui qui recevra l'offre la valeur d'une acceptation [4].

3° On peut encore écarter l'application du principe quand

(1) Bordeaux, 3 juin 1867, précité.

(2) Montpellier, 3 juill. 1885, S., 86. 2. 56, D. P., 86. 1. 331. Dans le même sens Rousseau, *Corresp. par lettres missives et par télégrammes*, n. 73; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm. indust. et marit.*, v° *Vente*, n. 86. — Cpr. Bruxelles, 1er mai 1873, *Pasicr.*, 74. 2. 206.

(3) Pour plus détails, V. Valéry, *op.* et *loc. cit.* — V. aussi Rouen, 19 mars 1902, D. P., 1903. 2. 109.

(4) Cpr. Valéry, *op. cit.*, n. 95. — V. C. co. hongrois, art. 320, al. 1er, précité.

celui à qui l'offre est adressée n'a absolument, soit au point de vue de son intérêt pécuniaire, soit au point de vue des convenances, aucun motif de la refuser. Ici, en général, le silence supposera l'acceptation, l'offre étant de telle nature qu'elle ne demande pas de réponse [1].

Le Code civil de la Louisiane explique formellement que l'acceptation peut être faite « par le silence ou l'inaction, dans les cas où les circonstances autorisent à les interpréter ainsi ». Art. 1805. La même règle doit être posée sous l'empire de notre législation.

46. D'après certains auteurs, la règle serait, en matière commerciale, l'inverse de ce qu'elle est en matière civile, et, par conséquent, le négociant qui ne répond pas dans un délai normal à l'offre ou à l'ordre qui lui est adressé par correspondance, devrait, en principe, être réputé accepter [2]. A notre avis, c'est aller trop loin. Il faut se borner à dire que la qualité de commerçant chez celui qui reçoit la proposition est de nature à faire interpréter facilement un silence dans le sens d'une acceptation [3].

On objecte, en visant spécialement le cas où la proposition est faite par lettre, que, puisque la loi exige que les négociants tiennent une correspondance, elle leur fait par là-même un devoir de répondre aux lettres qu'ils reçoivent [4]. Mais, d'abord, aucun texte n'impose aux commerçants l'obligation qui sert de point de départ à ce raisonnement. Au surplus, s'il existait une pareille disposition, on ne pourrait point en conclure

[1] Demolombe, XXIV, n. 59. Cet auteur fait remarquer à ce sujet que la solution reproduite au texte serait peut-être l'explication de l'alinéa de l'art. 1108 où le législateur paraît n'exiger que le consentement *de la partie qui s'oblige*, car l'on pourrait conclure de cette solution que la partie envers laquelle l'obligation est contractée doit être présumée accepter, son silence gardé en connaissance de cause emportant consentement. Mais il est fort douteux que le législateur ait eu cette pensée, car, dans l'art. 1108, le législateur parle des obligations en général, et l'explication indiquée par M. Demolombe ne serait exacte que pour certaines d'entre elles. — V. *supra*, n. 36, al. 2.

[2] Merlin, *Quest.*, v° *Compte-courant ;* Bédarride, *Des commissionnaires*, n. 10.

[3] Valéry, *op. cit.*, n. 97, p. 101. — Aix, 13 août 1873, D. P., 77. 5. 456. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 16. — Trib. com. Nantes, 21 mars 1874, *Jur. Nantes*, 74. 1. 219.

[4] Delamarre et Le Poitvin, II, n. 155.

que les négociants doivent répondre aux lettres qui leur sont adressées [1].

47. D'ailleurs, quand une offre est présentée sous forme de prospectus ou de circulaire, fût-elle adressée à un commerçant, la façon même dont elle est faite montre assez que le pollicitant n'entend prendre en considération qu'une acceptation expresse ou, tout au moins, résultant de faits positifs [2].

48. Nous devons faire observer que l'offre même peut être tacite, c'est-à-dire résulter d'un fait qui la suppose nécessairement. Ainsi le conducteur d'une voiture publique, par cela seul qu'il stationne sur une place publique, est censé offrir de transporter toute personne qui se présentera et qui sera prête à payer le prix fixé par le tarif [3].

Ainsi encore le locataire qui, après l'expiration du bail, se maintient en possession des lieux loués, est considéré comme offrant de renouveler le bail aux mêmes conditions. Si le bailleur ne proteste pas, il y a *tacite reconduction*. Art. 1738 et 1759.

A la différence du conducteur de voiture publique, dont nous parlons plus haut, les domestiques et ouvriers qui, en vue de se procurer du travail, stationnent dans les endroits où il est d'usage d'aller engager ou embaucher les individus de leur condition, demeurent entièrement libres de choisir les personnes avec lesquelles ils traiteront. C'est qu'en effet, en ce qui les concerne, les conditions du contrat ne sont pas, comme pour le voiturier public, déterminées d'avance par des règlements et tarifs [4].

§ II. *Des vices du consentement.*

49. Aux termes de l'art. 1109 : « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Les vices qui peuvent altérer le consentement au

(1) Valéry, *op. cit.*, n. 97, p. 100. — Cpr. Huc, VII, n. 18, p. 30.
(2) Valéry, *op. cit.*, n. 97, p. 101.
(3) Justice de paix du XIVe arrond. de Paris, 5 janv. 1882, D. P., 82. 3. 110.
(4) Planiol, II, 1re édit., n. 1011, al. 2, 2e et 3e édit., n. 971, al. 2.

point de le rendre annulable (ce qui entraînera par voie de conséquence la nullité du contrat lui-même), sont donc l'erreur, la violence et le dol. Il faut ajouter la lésion dans certains cas exceptionnels.

La théorie des vices du consentement n'est pas, d'ailleurs, du moins d'une façon générale, particulière aux conventions. Elle s'applique aussi aux actes juridiques dont la réalisation ne suppose que la manifestation d'une seule volonté, par exemple à l'acceptation ou à la répudiation d'une succession (1).

I. *De l'erreur* (2).

50. Domat paraît confondre l'ignorance et l'erreur, car il en traite cumulativement sous cette rubrique : « De l'ignorance ou erreur de fait ou de droit », et il emploie les mêmes formules pour les définir : « L'erreur ou ignorance de fait consiste à ne pas savoir une chose qui est... » « L'erreur ou ignorance de droit consiste à ne pas savoir ce qu'une loi ordonne » (3). Cependant, au point de vue philosophique, il faut les distinguer, car l'ignorance est l'absence de toute notion, tandis que l'erreur consiste dans une notion fausse, et, si elles présentent l'une et l'autre un caractère de gravité, ce caractère est plus accentué dans l'erreur. Mais, au point de vue juridique, cette distinction est à peu près dépourvue d'intérêt, car, en droit, les effets de l'ignorance sont en général les mêmes que ceux de l'erreur.

51. L'erreur dont l'un des contractants a été victime exerce sur son consentement une influence plus ou moins délétère suivant les circonstances. Dans certains cas, elle est exclusive du consentement ; alors le contrat ne se forme pas, parce qu'il manque d'un des éléments essentiels à son existence : l'erreur rend donc ici le contrat *inexistant*. Dans d'autres cas, l'erreur, sans faire disparaître le consentement, le vicie d'une manière grave ; elle est alors une cause de *nullité* du consentement et, par suite, du contrat. Dans d'autres cas enfin, l'erreur est

(1) V. toutefois *infra*, n. 113.
(2) V. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 11-50.
(3) *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. I, n. 1 et 2 (éd. Rémy, I, p. 383).

sans influence sur la validité du contrat, parce qu'elle n'altère pas d'une manière assez profonde la moralité du consentement.

La distinction entre l'erreur qui vicie le contrat et celle qui fait obstacle à sa formation présente un grand intérêt pratique. La victime de l'erreur est seule recevable, en effet, à se prévaloir de la nullité de la convention, tandis que l'inexistence de celle-ci peut être opposée par l'une ou l'autre des parties.

Examinons successivement les trois hypothèses que nous venons d'indiquer.

A. *Cas dans lesquels l'erreur rend le contrat inexistant.*

52. L'erreur est exclusive du consentement et rend, par suite, le contrat inexistant dans trois cas :

1° *Lorsqu'elle porte sur la nature de la convention.* Je vous propose de vous vendre un objet mobilier moyennant un certain prix ; vous comprenez que je propose de vous le donner, et vous prenez livraison de l'objet, déclarant que vous acceptez ma proposition. Il n'y a ni vente ni donation, parce qu'il n'y a pas consentement. Nous avons voulu deux choses différentes ; par conséquent, nos deux volontés ne se sont pas rencontrées ; elles n'ont pas concouru ; nous ne sommes pas d'accord, il n'y a rien de fait (1) ;

2° *Lorsqu'elle porte sur l'objet de la convention.* Je vous propose de vous vendre, moyennant un certain prix, ma maison de Bordeaux ; vous entendez qu'il s'agit de ma maison de Libourne, et vous acceptez. Ici encore l'erreur dans laquelle vous êtes tombé empêche votre volonté de rencontrer la mienne ; il n'y a donc pas consentement, puisqu'il n'y a pas accord. C'est un *malentendu*, de même que dans l'hypothèse

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 77 ; Duranton, X, n. 114 ; Demante et Colmet de Santerre, V, n. 16 et 16 *bis*-I ; Zachariæ, Massé et Vergé, III, p. 555, § 613 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 295, note 1, 5e édit., p. 489, note 1 ; Demolombe, XXIV, n. 125 ; Laurent, XV, n. 484 ; Huc, VII, n. 20 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 482 *in fine ;* Planiol, II, 1re édit., n. 1093, 2e et 3e édit., n. 1051. — Nous devons signaler ici une confusion faite par la chambre des requêtes dans un arrêt du 6 mai 1878, où elle a considéré comme portant sur la substance de l'objet une erreur qui, en réalité, était relative à la nature de la convention, S., 80. 1. 125, D. P., 80. 1. 12.

précédente [1]. Remarquons dès à présent que l'erreur sur l'objet de la convention n'est pas, comme on pourrait le supposer, celle que le législateur a en vue lorsqu'il parle, dans l'art. 1110, de l'erreur sur la *substance de la chose*. Cette dernière erreur, nous le verrons, a seulement pour effet d'invalider le consentement [2];

3° *Lorsqu'elle porte sur l'existence même de la cause de l'obligation*, c'est-à-dire lorsqu'elle consiste à croire que l'obligation a une cause, alors qu'en réalité elle n'en a pas. En d'autres termes, l'obligation sur fausse cause est inexistante [3].

Dans ces trois cas, nous le répétons, l'erreur dans laquelle sont tombés les contractants empêche le consentement d'exister et, par suite, le contrat de se former. Le législateur n'en parle pas dans notre section, où il s'occupe seulement des *vices* du consentement : ce qui suppose un consentement existant [4].

[1] Pothier, Duranton, Zachariæ, Demante et Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Huc, *loc. cit.*; Demolombe, XXIV, n. 87; Laurent, XV, n. 184 et 189; Planiol, II, 1re édit., n. 1094, 2e et 3e édit., n. 1052. — Telle était la solution romaine : « *Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est* ». L. 9, D., *De contr. empt.*, XVIII, 1. Dans l'un et l'autre des cas indiqués au texte, il est vrai de dire : « *Non videntur qui errant consentire* ». L. 116, § 2, D., *De reg. juris*, L. 17. — V. encore L. 57, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

[2] Les jurisconsultes romains distinguaient déjà l'*error in corpore* et l'*error in substantia*. V. Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 450, 3e édit., p. 457.

[3] V. *infra*, n. 303.

[4] Il est vraiment surprenant que les rédacteurs du Code fédéral des obligations, qui avaient l'avantage de pouvoir s'inspirer des distinctions vulgarisées par la doctrine, aient confondu dans un même texte des cas où l'erreur n'influe pas également sur l'existence du contrat : « L'erreur est essentielle, porte l'art. 19 de ce Code, spécialement dans les cas suivants : 1° Lorsque l'une des parties entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir ; 2° lorsque la partie qui allègue l'erreur avait en vue une autre chose que l'autre partie ; 3° lorsque les qualités de la chose sur lesquelles a porté l'erreur sont d'une importance telle que la chose, selon qu'elle les possède ou non, appartient dans le commerce à une catégorie de marchandises toute différente ; 4° lorsque l'obligation contractée par l'une des parties est notablement plus étendue ou que l'obligation contractée envers elle est notablement moins étendue qu'elle ne le voulait en réalité ». Le premier, le deuxième et le quatrième numéros concernent des cas où l'erreur empêche la formation du contrat, et le troisième, des cas où l'erreur n'est qu'un vice du consentement. Ce défaut de méthode est d'autant plus regrettable qu'on lit dans l'article précédent : « Le contrat *n'oblige pas* la partie qui, au moment de le conclure se trouvait dans une erreur essentielle », et que toutes les dispositions relatives à

B. *Cas dans lesquels l'erreur rend le contrat annulable.*

53. Il peut arriver que l'erreur dans laquelle est tombée l'une des parties, sans faire disparaître son consentement, le vicie très profondément. Alors le consentement ne sera pas valable, et le contrat auquel il a donné naissance sera *nul* ou, pour employer une expression plus précise et qui, à la différence de la précédente, ne prête pas à la confusion, il sera *annulable*. Cela arrive lorsque l'erreur dans laquelle est tombée l'une des parties est *substantielle*, et l'art. 1110 va nous dire dans quels cas elle présente ce caractère : « *L'erreur* » *n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle* » *tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.* » — *Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe* » *que sur la personne avec laquelle on a intention de contrac-* » *ter, à moins que la considération de cette personne ne soit* » *la cause principale de la convention* ».

Ainsi l'erreur est substantielle dans deux cas : 1° lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose ; 2° lorsqu'elle tombe sur la personne avec qui l'on a contracté, alors du moins qu'il s'agit d'un contrat fait en considération de cette personne.

N° 1. **Erreur sur les qualités substantielles de la chose** (1).

54. Ici, dans l'opinion que nous croyons préférable, *substance* est synonyme de *qualités substantielles*. La loi désigne par cette expression les qualités de la chose que les parties ou l'une d'elles ont eues principalement en vue en contractant, celles sans lesquelles elles n'auraient pas contracté. Tel est

l'erreur sont groupées sous la rubrique « Des causes qui *vicient* les contrats ». Il semble donc résulter de ces divers textes que, dans toutes les hypothèses prévues par l'art. 19, l'erreur produit le même effet. Cependant cette déduction est tellement contraire aux principes admis dans toutes les législations modernes que les commentateurs du Code fédéral établissent la distinction que les auteurs de ce code ont négligé de faire. V. Virgile Rossel, *Manuel du dr. féd. des oblig.*, n. 43-44.

(1) V. Labroue de Vareilles-Sommières, *Etude sur l'erreur* (Paris, 1871), p. 152 suiv.; Ritter, *De l'erreur dans les contrats* (thèse, Paris, 1892). — *Contribution à l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles*, par Riccardo Fubini, dans la *Rev. trim. de dr. civ.*, tome I (année 1902), p. 301-332. Se référer à la bibliographie citée soit en tête soit dans la suite de cet article.

bien le sens dans lequel Pothier emploie le mot *substance*, car il déclare que l'erreur invalide la convention « lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose » (1). L'erreur sur une semblable qualité entraîne la nullité du contrat, parce qu'elle vicie très profondément le consentement. Au contraire, l'erreur sur une qualité non substantielle, c'est à-dire sur une qualité dont l'absence connue des parties ne les aurait pas empêchées de contracter, n'est pas une cause de nullité. Que cette théorie méconnaisse la définition qu'on donne en philosophie du mot substance, voilà qui est certain; quelle soit même plus ou moins arbitraire, voilà qui est possible. Mais cette constatation est indif-

(1) *Oblig.*, n. 18, al. 1. Pothier ajoute un peu plus loin : « Il en est autrement lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité accidentelle de la chose ». Même n , al. 2. Il établit donc une opposition entre la *substance* et les *qualités accidentelles*. Certaines décisions judiciaires reproduisent fidèlement la théorie de Pothier. C'est ainsi qu'on lit dans une décision de la cour d'Agen : « Attendu qu'il ressort de tous les faits du procès que l'ancienneté des objets (il s'agissait d'un baromètre et d'un cartel dans le style Louis XVI) était, ainsi que le dit Pothier, la qualité qu'il (le demandeur) avait principalement en vue, et sans laquelle il n'aurait pas acheté; que *l'ancienneté de la fabrication était donc la substance de la chose qu'il achetait*, et qu'une erreur sur la substance de la chose achetée doit entraîner la nullité de la vente... », 30 avril 1884, sous civ. rej. 26 oct. 1886, S., 87. 1. 153, D. P., 87. 1. 105, *Pand. franç.*, 88. 1. 269. — Dans une espèce où il y avait eu également erreur sur l'ancienneté des objets vendus, la cour de Paris déclare « que la falsification en pareille matière ne constitue pas seulement un vice de la chose vendue, qu'elle fait disparaître la chose elle-même, *que les parties avaient eue principalement en vue dans le contrat, et qui en faisait la substance* ». Paris, 1er déc. 1877, S., 77. 2. 325, *Fr. jud.*, II. 2. 136. Ici, la cour de Paris, quoique d'une façon moins nette, reproduit aussi l'idée de Pothier. — De même, dans un arrêt du 21 déc. 1894, la cour d'Aix a estimé que le consentement d'un souscripteur à un ouvrage de librairie avait été « vicié par une erreur portant sur la substance même de la chose, *c'est-à-dire sur les qualités essentielles de cette chose, celles sans lesquelles le contrat ne se serait pas formé* ». *Gaz. Pal.*, 95. 1. 276. — Le tribunal de Douai, dans une intéressante décision du 30 avril 1864, déclare que, dans l'espèce, il y avait eu « erreur sur la substance même de la chose, c'est-à-dire sur les qualités essentielles et *inhérentes à la destination que les parties avaient principalement en vue dans la vente.* » Sous Civ. rej., 24 juin 1867, S., 67. 1. 293, D. P., 67. 1. 249. — V. aussi Nancy, 15 mai 1869, S., 69. 2. 179. — Paris, 19 juill. 1890, D. P., 92. 2. 257; Trib. civ. Seine, 8 janv. 1897, *Droit*, 14 fév. 1897. — Trib. civ. Seine, 11 janv. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 173. — Paris, 10 fév. 1904, *Droit*, 1er mars 1904. — Trib. civ. Roanne, 5 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 444. — Cpr. Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, tit. XVIII, sect. I, n. 7 (édit. Rémy, I, p. 384). — Cpr. aussi Riccardo Fubini, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1re année (1902), n. 23, p. 322-324.

férente, puisqu'une disposition législative, qu'elle soit fondée ou non au point de vue philosophique, s'impose de la même façon. Il s'agit uniquement ici de rechercher la pensée du législateur; or, dans notre cas, nous connaissons cette pensée dès que nous connaissons celle de Pothier (1).

La question de savoir si une qualité est ou non substantielle présente donc une extrême importance. C'est une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation (2). On ne peut que citer des exemples. En voici un emprunté à Pothier : J'achète une paire de chandeliers que je crois être d'argent, et que le marchand m'a présentés de bonne foi comme tels, mais qui ne sont en réalité que de cuivre argenté. Il y a erreur sur la substance de la chose, et la vente est nulle; car, voulant des chandeliers d'argent, je n'aurais pas acheté, si j'avais su que ceux qu'on m'offrait étaient de cuivre. Cependant, si les chandeliers avaient été achetés comme objets d'art ou comme antiquité, l'erreur sur la matière pourrait n'être pas substantielle; la matière est souvent d'importance tout à fait secondaire pour un antiquaire (3). Si Pothier n'ajoute pas cette restriction, c'est uniquement parce que de son temps le goût des antiquités était peu développé.

Autre exemple : J'achète un tableau que je crois être un Raphaël, et qui n'est qu'une copie portant une fausse signature. Il y a erreur de ma part sur une qualité substantielle de la chose ; car, tant vaut le peintre, tant vaut le tableau; la vente est annulable (4).

(1) C'est d'autant moins douteux que Bigot-Préameneu s'exprime ainsi dans l'*Exposé des motifs* : « Pour que l'erreur soit une cause de nullité de la convention, il faut qu'elle tombe, non sur une qualité accidentelle, mais sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». Fenet, XIII, p. 223; Locré, XII, p. 319, n. 10. Il établit donc, comme Pothier, une opposition, non pas entre la substance et les qualités en général, mais bien entre la substance et les qualités accidentelles, ce qui prouve que, dans son esprit, le mot substance est pris dans le sens de qualités substantielles.

(2) Laurent, XV, n. 488, p. 562; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 596 *in fine* à 598; Ritter, *op. cit.*, p. 58-76; Planiol, II, 1re édit., n. 1095, 2e et 3e édit., n. 1053. — Cpr. Larombière, I, p. 46 (art. 1110, n. 3).

(3) Planiol, II, 1re édit., n. 1095, al. 2, 2e et 3e édit., n. 1053, al. 2.

(4) Paris, 9 janv. 1849, S., 49. 2. 80, D. P., 49. 2. 67. — Paris, 29 mars 1856, S., 56. 2. 304, D. P., 56. 1. 175. — Trib. civ. Seine, 26 fév. 1896, *Gaz. Trib.*, 13 oct. 1896. — Civ. cass., 25 juil. 1900, S., 1902. 1. 317, D. P., 1904. 1. 611. — Cpr.

Il en sera de même si j'ai acheté, le croyant ancien, un objet d'art qui se trouve être en réalité de fabrication récente, et auquel je n'attachais de prix qu'à cause de son antiquité présumée (1).

Il en sera de même encore si, lorsque j'ai eu l'intention d'acquérir des diamants de Rio, on m'a vendu des diamants du Cap (2).

Tel est aussi le cas si, alors que j'ai souscrit à un ouvrage inédit, artistique et richement relié, le vendeur me livre un ouvrage dont la reliure est sans valeur, dont les gravures, le papier et l'impression n'ont rien d'artistique, et dont le texte est la reproduction d'œuvres littéraires anciennes et aujourd'hui oubliées (3).

Paris, 18 juin 1875, D. P., 76. 2. 62. — Anciennement la jurisprudence inclinait vers l'opinion contraire. — V. notamment Trib. civ. Seine, 28 janv. 1848, S., 48. 2. 99. — Mais « il a été généralement admis à toutes époques qu'une œuvre d'art pouvait légitimement être attribuée à un maître soit comme original, soit comme répétition, alors même qu'il était notoire que, pour son exécution, le maître s'était fait assister par un ou plusieurs de ses élèves ». Paris, 16 mai 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2, *Suppl.*, 1.

(1) Paris, 1er déc. 1877, S., 77. 2. 325, *Fr. jud.*, II. 2. 136. — Agen, 30 avril 1884, précité. — Trib. civ. Bordeaux, 7 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 19. — Paris, 5 mars 1890, S., 91. 2. 133. — Paris, 22 janv. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901, *texte non publié*. — Cpr. Paris, 14 déc. 1882, S., 83. 2. 69. — Trib. civ. Seine, 21 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 251, *Loi*, 22 janv. 1890. — Paris, 25 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 46. — Dans la très intéressante décision du 1er décembre 1877, précitée, la cour de Paris, envisageant la question à un point de vue général, s'exprime ainsi : « Considérant que, dans une vente d'objets d'art ou d'antiquité entre deux amateurs sérieux et de bonne foi, l'authenticité de la chose vendue est la raison principale et déterminante du contrat, sans laquelle les parties n'auraient pas consenti à s'obliger ; que, quelle que puisse être d'ailleurs la valeur intrinsèque d'un objet de cette nature, tableau, statue ou médaille, l'authenticité de la signature ou du millésime est de l'essence même du contrat, et peut, suivant les circonstances, constituer la substance de la chose vendue ; que l'erreur sur l'ancienneté ou l'origine d'un objet d'art vendu comme ancien ou authentique devient ainsi substantielle et vicie le contrat ; que la falsification en pareille matière ne constitue pas seulement un vice de la chose vendue ; qu'elle fait disparaître la chose elle-même que les parties avaient eue principalement en vue dans le contrat et qui en faisait la substance ». — Mais il a été décidé que la vente d'une gravure n'est pas nulle pour cause d'erreur sur la substance de la chose vendue, bien que cette gravure, de deuxième ou troisième état, ait été présentée à l'acheteur comme un premier état, si, du moins, son authenticité n'est pas contestée. Trib. civ. Seine, 30 janv. 1881, *Gaz. Pal.*, 84. 1. *Suppl.*, 11.

(2) Paris, 13 mars 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 586.

(3) Aix, 21 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 276.

Est pareillement annulable pour cause d'erreur sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat, la vente de titres de bourse amortis, si l'acheteur ignore qu'ils sont sortis à un tirage antérieur et veut acquérir des titres remboursables à une époque indéterminée (1).

Je vous vends la *nue propriété* d'un bien dont l'usufruitier est mort la veille, à mon insu. Ici encore, il y a erreur de ma part sur une qualité substantielle de la chose : je la croyais grevée d'usufruit, et, en réalité, elle ne l'était plus; la vente est annulable (2).

Dernier exemple emprunté également à la jurisprudence : lorsqu'une personne n'a été déterminée à souscrire une police d'assurance que par le prétendu caractère mutuel de la société et que celle-ci était en réalité une société d'assurances non mutuelle à primes fixes, il y a erreur sur la substance de la chose, et, en conséquence, le contrat peut être annulé (3).

55. Cette interprétation du premier alinéa de l'art. **1110** est repoussée par Aubry et Rau. D'après eux, par les mots *substance de la chose,* le législateur aurait entendu « non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce ». Aubry et Rau se placent donc au point de vue de la substance *objective.*

Dans leur théorie, l'erreur sur l'origine de l'objet, sur son ancienneté, sur le nom de son auteur, en un mot sur un élément duquel ne dépend pas la nature spécifique de la chose, ne saurait être par elle-même un vice du consentement. En

(1) Trib. de la Seine, 17 août 1865, S., 66. 2. 33. — Trib. civ. de Lyon, *La Loi* du 24 fév. 1889. — Paris, 19 juil. 1890, S., 91. 2. 81, D. P., 1892. 2. 257. — Cependant il a été proposé jusqu'à trois systèmes relativement à la nature de l'action qui appartient, dans ce cas, soit à l'acheteur, soit au vendeur. — V. dans le recueil de Sirey, la note sous l'arrêt précité du 19 juil. 1890.

(2) Demolombe, XXIV, n. 94; Laurent, XV, n. 494. — Paris, 13 déc. 1856, S., 57. 2. 3, D. P., 57. 2. 73. — Req., 8 mars 1858, S., 59. 1. 238, D., P., 58. 1. 277.

(3) Trib. civ. de Corbeil, 21 déc. 1898, joint à Civ. cass., 14 janv. 1902, D. P., 1903. 1. 278. — V. pour d'autres applications de notre principe, Chambéry, 11 janv. 1894, D. P., 95. 2. 235. — Orléans, 18 janv. 1895, D. P., 95. 2. 417. — Trib. civ. Roanne, 5 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 905. 1. 444. — Signalons une application assez critiquable dans Req., 30 juil. 1894, D. P., 95. 1. 340.

supposant une pareille erreur, la convention n'est annulable que si la qualité sur laquelle cette erreur a porté a été envisagée par les deux parties comme une condition du contrat :

« C'est ainsi, ajoutent ces auteurs, que la vente d'un tableau que l'acheteur supposait de tel maître, ou de monnaies qu'il regardait comme anciennes, devrait, malgré son erreur, être maintenue, si les parties ne s'étaient point expliquées sur ces qualités, et que le vendeur n'eût pas à se reprocher un déguisement frauduleux de la vérité » (1).

Cette théorie nous paraît inexacte. D'abord, elle est en opposition manifeste avec la doctrine de Pothier, d'après lequel la question de savoir si une qualité est substantielle dépend exclusivement de l'intention des contractants. Or, dans notre matière, suivant toutes les vraisemblances, les rédacteurs du Code se sont rangés à l'opinion de Pothier. En outre, l'erreur sur la substance rend seulement la convention annulable ; il est donc impossible que l'erreur porte sur l'espèce à laquelle appartient la chose. Car, s'il en était ainsi, le contrat n'aurait pas pour objet la chose qu'avait en vue la partie qui s'est trompée, et, par suite, il serait inexistant et non pas simplement annulable (2).

56. Selon Huc, la substance « c'est ce qui permet de donner à une chose le nom substantif qui la distingue ; ce sont par conséquent les attributs sans lesquels la chose, objet du contrat, serait classée dans une autre catégorie de substantifs ; ces attributs ont pour trait distinctif de n'être susceptibles ni de plus ni de moins » (3). Cette définition rappelle beaucoup celle que donnent Aubry et Rau. Elle mérite les mêmes critiques. Huc est d'avis, lui aussi, qu'il n'y a pas erreur sur la substance lorsque l'une des parties s'est trompée sur l'origine de la chose, objet du contrat, sur son ancienneté,

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 296, 5e édit., p. 490. — Cette théorie, elle aussi, se retrouve dans plusieurs décisions judiciaires. Nous citerons deux jugements, l'un du tribunal civil de Muret, du 14 fév. 1886 (joint à Toulouse, 19 mars 1889, S., 90. 2. 61) et l'autre d'un Trib. paix Paris, 29 mai 1901 (*Loi*, 1er juin 1901), qui ont reproduit presque textuellement la formule de MM. Aubry et Rau, formule que nous avons transcrite ci-dessus. — *Adde* Riom, 10 mai 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 2. 422.

(2) Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 597 *in fine*, et p. 598.

(3) *Comment. th. et pr. du Code civ.*, VII, n. 22, p. 35 *in fine*.

en un mot sur son authenticité. Cette circonstance qu'on a cru acheter un tableau de Raphaël ou un meuble fait à l'époque de Louis XIII, alors qu'on achetait en réalité une copie ou un meuble moderne, n'empêche pas que la chose demeure classée dans la même catégorie de substantifs. Par le sens qu'il attribue ici au mot *substance*, Huc est conduit logiquement à décider que l'erreur sur la matière dont une chose est faite n'a pas le caractère d'erreur substantielle. « La substance d'un chandelier, dit-il, c'est d'être un objet portatif destiné à supporter un flambeau. Tout objet approprié à une telle destination sera un chandelier, indépendamment de la matière dont il sera formé. La matière n'est donc qu'un accident; sous le même volume apparent, elle peut exister en quantité plus ou moins grande; et le chandelier, qu'il soit en or, en argent ou en bronze, sera toujours un chandelier » (1). Nous ne savons si Aubry et Rau seraient allés aussi loin; dans tous les cas, ils ne s'expliquent pas spécialement en ce qui concerne l'erreur sur la matière, Mais l'exemple même choisi par Huc met en évidence l'objection qu'on peut lui adresser; car, précisément, d'après Pothier, on trouve dans cet exemple un cas d'erreur sur la substance de la chose (2). C'est même par excellence l'exemple classique d'une pareille erreur, celui qui a évidemment influé sur la pensée des rédacteurs du Code (3).

Huc estime, il est vrai, qu'on ne peut pas dire aujourd'hui que l'erreur sur la substance est, suivant la définition de Pothier, l'erreur tombant sur la qualité que les parties ont eue principalement en vue. Cette définition, dit-il, serait contraire au texte de l'art. 1110, al. 1, car cette disposition parle de substance et non de qualité (4). La réponse est facile; sans doute l'art. 1110 emploie le mot *substance* et non pas le mot *qualité*, mais la question est de savoir si, dans l'esprit du

(1) *Op. cit.*, VII, n. 24, p. 38.

(2) *Oblig.*, n. 18... « La chose que j'ai voulu acheter est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre étant des chandeliers de cuivre, *on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter* ».

(3) Nous rappelons que Bigot-Préameneu, comme Pothier, oppose *substance* à *qualité accidentelle*, et non pas *substance* à *qualité* en général.

(4) *Op. cit.*, VII, n. 22, p. 35.

législateur, l'expression *substance* ne signifie pas *qualité substantielle*, et l'affirmative résulte bien de ce fait que ces deux expressions étaient présentées comme synonymes par Pothier, le guide habituel du législateur. Il ne faut pas, nous le répétons, substituer une notion philosophique à la notion traditionnelle (1).

561. Colmet de Santerre et Demolombe, comme Aubry et Rau et comme Huc, croient pouvoir proposer une formule abstraite : « Si l'on veut puiser un enseignement dans le mot même que la loi emploie, dans le mot substance, — dit Colmet de Santerre —, on arrivera à cette idée que les qualités constituant la substance sont celles dont l'absence dénature la chose, l'altère au point qu'elle devient une autre chose, un autre être que celui qui devait être l'objet de la convention ». Et maintenant voici comment Demolombe s'exprime : « La *substance* d'une chose, en droit, consiste... dans la qualité principale et caractéristique qui individualise cette chose, qui la rend spécialement propre à un certain usage, et d'où elle tire son nom, le *nomen appellativum*, qui sert à la distinguer des autres choses ». Ces définitions ressemblent beaucoup à celles que nous venons de critiquer; mais les explications qui leur font suite montrent que leurs auteurs leur donnent une portée bien différente : « Du cuivre n'est pas l'argent que l'acheteur voulait quand il achetait des lingots, ajoute Colmet de Santerre; des flambeaux modernes ne sont pas des flambeaux du temps de Louis XIII; une copie d'après Raphaël n'est pas un original; une statue d'un artisan inconnu n'est pas un marbre d'un grand statuaire, etc... Dans toutes ces hypothèses, on peut dire que l'erreur porte sur la substance, c'est-à-dire sur la qualité essentielle et caractéristique de la chose, en l'absence de laquelle cette chose se trouve être un objet différent, d'une nature autre que celle qu'on lui avait supposée » (2). Demolombe fait les mêmes applications : « La

(1) V. aussi, pour la réfutation de la théorie *objective*, Riccardo Fubini, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1re année (1902), n. 10-14 et 21, p. 309-312, et p. 320-321. Sous la dénomination générique de théorie objective, Fubini groupe les théories d'Aubry et Rau, de Huc, etc...

(2) Colmet de Santerre, V, n. 16 *bis*-II.

substance, ainsi considérée, est un élément absolu qui n'est pas susceptible de plus ou de moins, ni de degrés, ni de nuances; c'est oui ou non ! c'est tout ou rien ! Ce candélabre est en argent ou il n'est pas en argent; ce cheval est arabe ou il ne l'est pas; ce tableau est l'œuvre de Rubens ou il n'est pas son œuvre; il n'y a pas de milieu. Voilà la substance, la qualité substantielle, celle dont l'absence dénature la chose et fait qu'elle est une autre chose, un autre être *que celui que les parties ou l'une d'elles avaient en vue* » (1). On voit que cette théorie s'écarte beaucoup des deux précédentes : à la différence de celles-ci, elle admet que l'erreur sur l'origine ou l'ancienneté vicie le consentement (2), à la différence de celle de Huc, elle reconnaît le même effet à l'erreur sur la matière (3).

Au fond le système de Colmet de Santerre et de Demolombe se rapproche beaucoup de celui que nous avons adopté. Il aboutit à peu près aux mêmes conséquences. Mais, à nos yeux, il présente ce grand défaut de compliquer inutilement le problème en paraissant s'appuyer sur une notion philosophique, dont, en réalité, il ne tient pas compte. Le *nomen appellativum,* tel que le conçoit Demolombe, sera essentiellement variable. Il faudra, par exemple, en parlant du même objet, dire, suivant les cas : un tableau de Rubens ou de son école, un tableau de Rubens ou de tel de ses élèves déterminé, un tableau de Rubens lui-même, un tableau peint entièrement par Rubens, un tableau pour l'exécution duquel Rubens s'est fait assister par ses élèves ! Cela ne revient-il pas à dire qu'il faut se placer à un point de vue subjectif et s'attacher à la qualité dont la considération a déterminé le consentement (4) ?

(1) Demolombe, XXIV, n. 89.

(2) Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Demolombe, XXIV, n. 93.

(3) Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Demolombe, XXIV, n. 90.

(4) M. Riccardo Fubini est d'avis de combiner la théorie objective et la théorie subjective. Il propose un système composite et assez compliqué, dont voici la formule : « Doivent être considérées comme substantielles en premier lieu *les qualités auxquelles la nature même de la chose convenue assigne ce caractère* (c'est-à-dire la substance qui fait que la chose appartient à un genre naturel déterminé); en second lieu *les qualités qui dans l'usage sont réputées avoir été envisagées comme telles par les parties, enfin les qualités qui, à raison du caractère spécial assigné dans chaque cas particulier à la convention par le concours des circons-*

57. La théorie de la nullité de l'obligation pour cause d'erreur sur la substance de la chose s'applique soit aux contrats unilatéraux, soit aux contrats synallagmatiques.

Quant aux seconds, cette proposition est incontestable. Mais les termes de la loi, vu leur portée générale, ne permettent pas d'exclure les conventions unilatérales. Il n'y a pas, d'ailleurs, de raison pour que l'erreur sur une qualité substantielle n'ait pas, dans une donation ou dans un commodat, des conséquences aussi graves que dans une vente ou dans un échange. De ce que j'étais disposé à donner ou à prêter un meuble vulgaire ou la copie d'un tableau de maître, il ne s'ensuit point que j'eusse sciemment donné ou prêté un meuble précieux ou un tableau original. Si, dans leurs exemples, Pothier et, après lui, la plupart des auteurs modernes raisonnent dans l'hypothèse d'une vente, c'est uniquement parce qu'en pratique cette convention est celle où l'erreur se produit le plus souvent [1].

58. En ce qui concerne les contrats synallagmatiques, la rédaction du premier alinéa de l'art. 1110 prête à la critique. D'après ce texte, « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle porte sur la substance de la chose qui en est l'objet », c'est-à-dire qui est l'objet de la convention. Or, dans les contrats synallagmatiques, il y a autant

tances dans lesquelles elle a été conclue, doivent être réputées avoir été envisagées par les parties ». Un peu plus loin, l'auteur, pour faire ressortir les avantages de son sytème, s'exprime ainsi : « Un contractant ne peut donc se prévaloir de son erreur pour soutenir qu'une qualité quelconque était essentielle, si son affirmation n'est pas corroborée, non seulement par la nature du contrat, mais par le concours des circonstances dans lesquelles ce contrat est intervenu. De cette manière on ne peut plus opposer à la théorie subjective qu'elle méconnaît les droits du contractant, puisque ce dernier sera forcé de reconnaître, en raison de la nature et des éléments du contrat, des circonstances dans lesquelles il a pris part à ce dernier, le véritable caractère de l'objet que l'autre contractant avait en vue ». *Op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1re année (1902), n. 23, p. 323. — Nous ne ferons qu'indiquer ce système, ingénieux sans doute, mais que nous ne croyons pas appelé à pénétrer dans la doctrine ou dans la jurisprudence française. — V. relativement à la portée du second alinéa de l'art. 119 du Code civil allemand, la traduction de ce code par Saleilles, note, p. 127-128. — V. aussi, du même auteur, *De la déclaration de volonté*, p. 22, n. 15.

[1] Colmet de Santerre, V, n. 16 *bis*-V; Demolombe, XXIV, n. 106. — V. pour l'erreur sur une qualité substantielle dans le cautionnement, Req., 30 juil. 1894, S., 95. 1. 72, D. P., 95. 1. 340.

d'objets que d'obligations. Il aurait donc fallu dire, suivant la très juste remarque de M. Colmet de Santerre : la chose qui en est l'objet *ou l'un des objets* (1). Pourquoi, en effet, l'erreur sur la qualité substantielle d'une chose n'aurait-elle pas la même importance, quelle que soit celle des obligations réciproques dont cette chose est l'objet? A quel point de vue se placerait-on pour soutenir que, dans une vente ou un échange, mon erreur ne doit être prise en considération que lorsqu'elle porte sur l'objet que j'acquiers? La question comporte évidemment la même solution pour les contrats bilatéraux que pour les autres. Que je vende ou que je donne une toile originale de Raphaël dans la persuasion que ce tableau est une copie, les effets de l'erreur doivent être les mêmes dans les deux cas.

59. La disposition du premier alinéa de l'art. 1110 est notamment applicable en matière d'acquiescement. La cour suprême considère ce point comme certain, du moins quand il s'agit d'une erreur de fait : « Si l'acquiescement communique au jugement acquiescé l'autorité de la chose jugée, il n'en reste pas moins soumis, comme tous les autres contrats, à la condition d'un consentement libre et exempt d'erreur de la part de celui qui le donne » (2). Il n'aurait pu en être autrement que si le législateur avait déclaré, dans une disposition spéciale, qu'en matière d'acquiescement l'erreur sur la substance de la chose serait sans influence. Mais il n'existe point de pareille disposition (3).

60. L'erreur sur les qualités substantielles de la chose ne peut-elle être une cause de nullité du contrat qu'autant qu'elle est commune aux deux parties contractantes? ou bien suffit-il qu'elle existe chez l'une d'elles? La question nous semble devoir être résolue dans ce dernier sens. Dans le texte de la loi, rien ne laisse supposer que, pour être une cause de nul-

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, XXIV, n. 104 et 105.

(2) Req., 20 mai 1862, S., 63. 1, 26, D. P., 63. 1. 103. — Req., 14 nov. 1881, S., 83, 1. 303, D. P., 82. 1. 156.

(3) Par la même raison, l'erreur sur la substance de la chose est certainement aussi une cause de nullité dans les transactions. Trib. civ. Langres, 9 mars 1887, *Loi*, 17 juin 1887.

lité, l'erreur doive exister des deux côtés à la fois ; on ne saurait donc exiger cette condition. D'autre part, il est bien certain que le dol et la violence entraînent la nullité du contrat, lorsqu'ils ont vicié le consentement d'une seule des deux parties ; pourquoi donc l'erreur n'aurait-elle pas la même puissance ? par quelle secrète raison devrait-elle nécessairement avoir vicié les deux consentements pour être une cause de nullité ? Une différence sur ce point entre la violence et le dol, d'une part, et l'erreur, d'autre part, est d'autant moins admissible que les art. 1109 et 1117 paraissent mettre ces trois causes de nullité sur la même ligne. Au surplus, on ne conteste guère cette solution relativement à l'erreur sur la personne ; tout le monde admet qu'il suffit qu'elle existe chez l'une des parties : on a bien compris qu'une erreur unilatérale sur la personne sera déjà extrêmement rare, et qu'exiger une erreur bilatérale équivaudrait presque à supprimer cette cause de nullité. Mais alors il devient de plus en plus difficile de ne pas appliquer la même solution à l'erreur sur les qualités substantielles de la chose ; car on ne voit guère comment pourrait se justifier une différence à ce point de vue entre les deux espèces d'erreur, pourquoi celle-ci devrait être bilatérale, tandis qu'il suffirait que celle-là fût unilatérale.

Pour achever notre démonstration et prouver en même temps que la solution que nous avons adoptée n'est pas aussi contraire à l'équité qu'on a bien voulu le dire, prenons une espèce. J'ai acheté des flambeaux en laiton argenté, les croyant en argent. Si le vendeur me les a présentés comme tels, soit qu'il connût la vérité, auquel cas il y a complication de dol, soit qu'il fût lui-même dans l'erreur sur ce point, auquel cas il y a bonne foi de sa part, tout le monde admet que je pourrai demander la nullité du contrat, et rien n'est plus juste assurément. Mais supposons que j'aie acheté ces flambeaux, les croyant en argent, d'un marchand qui connaissait la matière dont ils étaient formés, et qui ne me l'a pas indiquée, parce que je ne lui ai adressé aucune question à ce sujet et qu'il me croyait édifié sur ce point. D'après la solution que nous avons adoptée, je pourrai, même dans ce cas, faire prononcer la nullité du contrat. — On crie à l'injustice. Le ven-

deur, qui est irréprochable, dans l'espèce, va perdre le bénéfice de son marché par suite d'une circonstance toute personnelle à l'acheteur ! Nous pourrions nous borner à répondre que l'iniquité d'une solution ne suffit pas pour la condamner, si elle est conforme à la loi. Mais l'iniquité est-elle bien aussi grande qu'on le dit ? Remarquons tout d'abord que l'acheteur réussira difficilement dans sa demande en nullité ; car le succès en est subordonné à la preuve de son erreur, et cette preuve sera fort difficile dans les conditions dont il s'agit. En supposant d'ailleurs que l'acheteur parvienne à établir son erreur, il devra des dommages-intérêts à l'autre partie [1]. La doctrine française estime qu'ici le droit à une réparation découle de la disposition de l'art. 1382. Les dommages-intérêts seraient dus à raison de la faute que l'acheteur aurait commise, antérieurement à la naissance des rapports contractuels, en omettant de demander des renseignements à son vendeur. Il s'agirait donc d'une responsabilité délictuelle. Nous préférons appliquer ici la théorie de Ihering sur la *culpa in contrahendo*. Quand l'acheteur est entré en pourparlers avec le vendeur en vue de traiter, il s'est par là-même engagé à répondre envers lui de la faute qu'il commettrait relativement à la formation du contrat, et cette faute doit être appréciée comme celle dont il est responsable en vertu de ce contrat. Le fait même que la vente a été conclue prouve que le vendeur a tacitement accepté cette garantie. La responsabilité dont nous parlons, naissant de la convention, est contractuelle. L'acheteur doit au vendeur l'équivalent de l'intérêt que ce dernier aurait eu à ne pas conclure la vente [2].

Dans l'espèce qui précède, nous avons supposé une erreur unilatérale de la part de l'acheteur ; la solution devrait être semblable en supposant une erreur unilatérale du côté du vendeur [3].

(1) Sol. expresse dans *C. gén. des biens pour la principauté de Monténégro*, art. 521, al. 3.

(2) V. *infra*, n. 362.

(3) *Sic* Marcadé, IV, n. 409 ; Colmet de Santerre, V, n. 16 *bis*-IV ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 298, 5e édit., p. 496 ; Demolombe, XXIV, n. 101-103 ; Laurent, XV, n. 502-504 ; Vigié, 2e édit., II, n. 1157 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 598-604 (discussion approfondie) ; Ritter, *op. cit.*, p. 87-92. — *Contra* Toullier, IV, n. 55 ;

61. Après avoir expliqué la disposition relative à l'erreur sur la substance de la chose, c'est-à-dire le premier alinéa de l'art. 1110, nous tenons à faire une remarque importante : La jurisprudence a bien souvent invoqué ce texte ; on pourrait donc croire qu'elle en a fait de nombreuses applications. Or, si l'on examine de plus près ses décisions, on constate qu'en réalité elle ne lui attribue aucune portée pratique. En effet, elle ne fonde jamais l'annulation d'un contrat sur cette disposition que lorsqu'elle peut s'appuyer en même temps sur le principe que la convention fait la loi des parties, en un mot sur la règle posée dans l'art. 1134. Aux yeux des tribunaux, l'erreur sur la substance n'est une cause de nullité que lorsque l'élément sur lequel elle porte a été pris en considération par les deux parties contractantes. En d'autres termes, dans le système de la jurisprudence, l'erreur n'invalide le consentement que lorsqu'elle implique l'absence de l'une des conditions de la convention. Mais, si l'on admet ce point de vue, la question de savoir si c'est bien sur la substance de la chose que l'erreur tombe est absolument dépourvue d'intérêt : quel que soit l'objet de l'erreur, si elle suppose que l'une des conditions de la convention fait défaut, elle entraîne la nullité du contrat. C'est, par exemple, ce que la doctrine et la jurisprudence ont toujours décidé en ce qui concerne l'erreur sur les motifs ou l'erreur sur une qualité accidentelle. Une pareille erreur ne suffit pas en principe pour invalider le consentement, et tous les auteurs font soigneusement remarquer que la disposition de l'art. 1110 ne s'applique pas à elle. Cependant, nous le verrons, il n'est pas contestable qu'elle devient une cause de nullité, si elle porte sur un motif ou sur une qualité accidentelle dont les parties ont fait une condition du contrat [1].

Que l'esprit de la jurisprudence soit bien celui que nous indiquons, c'est un point qu'il est facile d'établir. La cour de Paris, dans une décision du 9 janvier 1849, s'exprime ainsi : « Considérant qu'il est de principe que l'erreur vicie les con-

Duvergier, *Vente*, I, n. 300 ; Troplong, I, n. 15 ; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, II, p. 16.

[1] V. *infra*, n. 71-5°, à la note.

» ventions lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose » qui en est l'objet; qu'à cet égard on doit considérer comme » faisant partie de la chose et appartenant à sa substance le » nom de l'auteur d'un ouvrage d'art, tel qu'un tableau, *lors-* » *que ce nom est entré dans la convention et en a formé une* » *condition essentielle* » (1). Il est évident qu'ici la cour de Paris mêle deux ordres d'idées bien différents. Dans un arrêt de la même cour, du 13 décembre 1856, qui déclare nulle pour erreur sur la substance de la chose la vente de la nue-propriété d'un domaine, par le motif qu'à l'insu des parties, l'usufruit avait pris fin, avant cette vente, par la mort de l'usufruitier, on lit : « Considérant que... les art. 1109 et » 1110 proclament qu'il n'y a point de consentement valable, » et, par suite, point de convention, si le consentement n'a été » donné que par erreur et lorsque l'erreur tombe sur la subs- » tance même de la chose qui est l'objet de la convention. Que, » dans l'espèce, la chose mise en vente... était, non pas la toute » propriété, mais bien et seulement la nue-propriété du châ- » teau de Vandeuil... *Qu'ainsi c'est la nue-propriété du château* » *de Vandeuil... que la demoiselle de V. et ses cohéritiers ont* » *entendu vendre, et que V. a entendu acheter;* — Que cepen- » dant, par l'effet du décès de l'usufruitier, survenu la veille et » ignoré de tous, cette nue-propriété n'existait plus et se trou- » vait remplacée, au moment de l'adjudication, par une pleine » propriété; — Qu'il y avait donc, en cet état, dans le consen- » tement donné de part et d'autre, erreur tombant sur la » substance même de la chose » (2). Dans cette espèce encore, on le voit, la décision de la cour est fondée sur les conditions convenues entre les parties. Nous pourrions multiplier les citations. Qu'il nous suffise de dire, d'une façon générale, que la jurisprudence ne prononce jamais la nullité d'un contrat pour cause d'erreur sur la substance de la chose sans cons-

(1) S., 49. 2. 80, D. P., 49. 2. 67.

(2) S., 57. 2. 3, D. P., 57. 2. 73. — Rapp. Civ. rej., 24 juin 1867, S., 67. 1. 393, D. P., 67. 1. 249. Voici un extrait de cette décision : « Attendu qu'il résulte du jugement attaqué que *les parties ont entendu* vendre et acheter du blé de mars anglais qui, *d'après leur commune intention*, était destiné à être semé au printemps... ». — V. aussi Civ. rej., 20 nov. 1900, D. P., 1901. 1. 71.

tater que l'élément sur l'existence duquel on s'est mépris a été l'objet d'une convention expresse ou tacite (1). Dans certaines espèces même, elle relève ce fait qu'au sujet de cet élément la garantie a été expressément stipulée (2). Or, dès qu'il s'agit d'une condition de la convention, et, à plus forte raison, lorsqu'il y a eu clause de garantie, il est évident que les juges pourraient annuler le contrat alors même que la disposition du premier alinéa de l'art. 1110 n'existerait pas. Il est donc vrai que cette disposition n'a, comme nous le disions, aucune portée pratique.

Et il n'est pas étonnant que la jurisprudence se soit formée dans ce sens. D'abord, il faudrait imaginer des circonstances bien extraordinaires, bien invraisemblables pour que l'erreur sur la substance pût être prouvée alors que l'élément sur lequel elle tomberait n'aurait pas été une des conditions de la convention. Il arrive assez souvent qu'une personne achète à vil prix un tableau non signé, et dont le vendeur ne lui indique point l'auteur, mais qu'elle s'imagine, à tort d'ailleurs, être l'œuvre d'un grand peintre. En supposant que, dans la suite, elle découvre sa méprise, il ne lui sera presque jamais possible de l'établir, et surtout il ne lui sera presque jamais possible de prouver que c'est à raison de cette méprise

(1) V. notamment Trib. Reims, 17 déc. 1874, D. P., 76. 2. 62. — Paris, 1er déc. 1877, S., 77. 2 325, *Fr. jud.*, II, 2. 136. — Paris, 14 déc. 1882, S., 83. 2. 69. — Aix, 21 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 276. — Orléans, 18 janv. 1895, D. P., 95. 2. 417. — Trib. civ. Seine, 26 fév. 1896, *Gaz. Trib.*, 13 oct. 1896. — Dans les ventes d'objet d'art, la circonstance qui, en l'absence de déclaration expresse, est le plus de nature à prouver que la considération de l'authenticité a déterminé le contrat, c'est évidemment l'importance du prix. Aussi les tribunaux relèvent-ils avant tout cette circonstance : « Considérant que, si la facture ne mentionne qu'une vente de diamants sans spécification d'origine, *il résulte du montant même du prix convenu* une présomption que la vente avait pour objet, non des diamants du Cap d'une valeur inférieure, mais des diamants de Rio... » — Paris, 19 mars 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 586. — V. encore Agen, 30 avril 1884, sous Cass., S., 87. 1. 153, D. P., 87. 1. 105, *Pand. fr.*, 88. 1. 269. — Trib. civ. Bordeaux, 7 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 19. — Paris, 25 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 46. — Civ. rej., 29 janv. 1896, D. P., 96. 1. 556.

(2) Paris, 5 mars 1890, S., 90. 2. 133. — Civ. cass., 25 juil. 1900 (tableau « vendu comme étant une œuvre de Corot, *garantie* authentique, pure et sans retouches », alors qu'en réalité, il avait été conçu et exécuté par un autre que Corot, qui y avait seulement fait des retouches et des additions importantes et peut-être apposé sa signature), D. P., 1904. 1. 611.

qu'elle a contracté. De plus, dans cette matière, la jurisprudence est dominée par une considération d'équité. Sans doute, si elle annulait un contrat pour cause d'erreur substantielle portant sur un point qui ne constituerait pas une condition de la convention, la victime de l'erreur devrait presque toujours, comme nous l'avons expliqué, indemniser l'autre partie du préjudice que lui causerait l'annulation. Mais, d'une part, il est très possible qu'une réparation pécuniaire ne présenterait pas pour le défendeur les mêmes avantages que le maintien du contrat, et, d'autre part, dans notre hypothèse, la victime de l'erreur ne mérite pas d'inspirer assez d'intérêt pour qu'on lui sacrifie le principe que la convention fait la loi des parties (1).

N° 2. Erreur sur la personne.

62. En règle générale, l'erreur sur la personne de celui avec qui l'on contracte ne vicie pas le consentement, car, la plupart du temps, on contracte en vue d'un résultat et non d'une personne. Ainsi un libraire vend un livre qu'on lui paie comptant : que lui importe que ce soit à Pierre ou à Paul ? Si donc il s'est trompé sur la personne de l'acheteur, cette erreur sera indifférente.

Cette règle souffre exception dans les contrats qui sont faits principalement en considération de la personne. Art. 1110, al. 2, *in fine*.

L'erreur sur la personne devient alors substantielle, parce que la personne a été la cause déterminante du contrat (2). Il

(1) Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 598 *in fine* et p. 602. — V. aussi Riccardo Fubini, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1re année (1902), n. 18, p. 317.

(2) Les expressions dont Pothier se sert à ce sujet ne répondent certainement pas à sa pensée : « Toutes les fois, dit-il, que la considération de la personne avec qui je veux contracter *entre pour quelque chose* dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement, et rend, par conséquent, la convention nulle ». *Oblig.*, n. 19. — Le Code emploie une formule sensiblement différente : il déclare que l'erreur sur la personne n'est point une cause de nullité. « à moins que la considération de cette personne ne soit la *cause principale* de la convention ». Art. 1110 *in fine*. C'est la formule du Code qui est la bonne. Il se peut très bien que, suivant les expressions de Pothier, la considération de la personne entre pour quelque chose dans un contrat, par exemple dans une vente, sans que l'erreur sur la personne puisse invalider le consentement. Croyant traiter avec

y a, on le voit, harmonie entre la disposition relative à l'erreur sur la substance de la chose et celle qui concerne l'erreur sur la personne. Dans les deux hypothèses, il faut rechercher si, en supposant qu'elle n'eût pas été dans l'erreur, la partie qui s'est trompée aurait consenti.

C'est là une question de fait (1). Pour la résoudre, le juge a un plein pouvoir d'appréciation ; mais il devra toujours avoir égard aux circonstances particulières de la cause. Dans beaucoup de cas, la nature du contrat pourra par elle-même l'éclairer sur l'importance qu'avait aux yeux de l'une des parties la personne de l'autre.

A ce point de vue, une distinction s'impose d'abord, celle des contrats à titre gratuit et des contrats à titre onéreux. Dans la première catégorie rentrent la donation et les divers contrats de bienfaisance, commodat, dépôt, cautionnement, mandat. Tous les contrats compris dans cette catégorie supposent, par leur nature même, que la considération de la personne a été prépondérante. Ils sont tous inspirés, en effet, par des sentiments qui s'adressent à une personne déterminée, tels que la confiance, la bienveillance, l'amitié, l'affection, la reconnaissance. Pour la donation, cette proposition est de toute évidence. Elle n'est pas moins vraie pour les contrats de bienfaisance en général (2).

Pour les contrats à titre onéreux, il faut faire une sous-distinction. Dans ceux de ces contrats qui donnent naissance à une obligation de livrer, par exemple dans une vente ou dans

Pierre, j'achète un immeuble à Paul, et je fais cette acquisition d'autant plus volontiers que Pierre a la réputation d'être fort accommodant en affaires et que j'espère, en conséquence, ne pas avoir de difficultés avec mon vendeur lorsqu'il s'agira d'exécuter le contrat. En fait, il est certain que, si je n'avais pas été dans l'erreur, je n'aurais pas eu la même tranquillité d'esprit, mais rien ne dit que pour cela je n'aurais pas traité. Evidemment, dans cette hypothèse, l'erreur n'est pas un vice du consentement, bien que la considération de la personne soit entrée *pour quelque chose* dans la convention.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 297, texte et note 4, 5e édit., p. 493, texte et note 4 ; Demolombe, XXIV, n. 109 ; Laurent, XV, p. 498, al. 1 ; Huc, VII, n. 27.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 19; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 493 *in fine* et p. 494 ; Larombière, I, p. 52 (art. 1110, n. 13) ; Demolombe, XXIV, n. 111 ; Laurent, Huc, *loc. cit.* ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 495 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1096, al. 2, 2e et 3e édit., n. 1051, al. 2.

un échange, la personne de l'une des parties ne devra que rarement être considérée commme ayant déterminé l'autre à contracter (1).

Cependant, même dans les conventions de cette catégorie, il n'est pas impossible que l'individualité de l'un des contractants ait été la cause principale de l'engagement de l'autre, et rien ne s'opposerait à ce que le juge décidât que, vu les circonstances du fait, il en a été ainsi (2).

Mais, dans les contrats à titre onéreux qui engendrent une obligation de faire, il arrivera beaucoup plus fréquemment que la convention aura été conclue à raison de la personne de l'une des parties. C'est ordinairement le cas lorsqu'on traite avec un artiste, par exemple avec un peintre, un sculpteur ou un architecte. Presque toujours, le talent, l'habileté, la réputation, le nom de l'artiste aura décidé la partie qui s'est engagée envers lui (3).

Enfin, pour certains contrats à titre onéreux, comme pour les contrats de bienfaisance, il résulte de leur nature même que l'une des parties ou que chacune d'elles n'a entendu se lier qu'au regard d'une ou de plusieurs personnes déterminées. C'est ce qui arrive la plupart du temps dans les contrats de société, où des éléments essentiellement personnels, tels que la probité, le crédit, le talent, l'expérience, les relations,

(1) Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 494, texte et note 4 *ter;* Larombière, I, p. 54 (art. 1110, n. 17); Demolombe, XXIV, n. 117-118; Laurent, *loc. cit.* — Agen, 17 déc. 1885, *Gaz. du Midi,* 7 fév. 1886.

(2) Un jugement du tribunal civil de Marseille, dont la cour d'Aix a adopté purement et simplement les motifs, décide que « si l'erreur sur la personne d'un des contractants peut n'être pas une cause de vicitation du contrat, quand l'identité même de cette personne n'en est pas une cause déterminante, il n'en saurait être ainsi lorsqu'il s'agit d'un objet dont la valeur consiste dans une clientèle reposant uniquement sur la confiance du public, et que doivent dès lors influencer de la manière la plus décisive l'individualité et la moralité de celui qui l'a acquise ». Aix, 21 déc. 1870, S., 71. 2. 216, D. P., 71. 2. 79. — C'est d'autant moins contestable que, dans ce cas, l'erreur porte non seulement sur la personne, mais encore sur une qualité substantielle de la chose. Dans l'espèce, il s'agissait de la cession d'une agence d'affaires. Or cette agence, si le cédant avait été, comme le croyait le cessionnaire, un homme honorable, aurait présenté une qualité substantielle qui lui faisait défaut du moment que le cédant avait des antécédents judiciaires. — Dans le même sens, Req., 4 juill. 1888, *Pand. franç.*, 89. 1. 29.

(3) Pothier, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 5e édit., p. 494; Larombière I, p. 51 (art. 1110, n. 11); Demolombe, XXIV, n. 112; Laurent, Huc, Bufnoir, Planiol, *loc. cit.*

la situation sociale des divers coassociés les décident réciproquement à former le contrat (1).

Ce que nous disons de la société s'applique naturellement au colonat partiaire, qui participe du contrat de société. Mais, sauf dans des cas extraordinaires, c'est seulement l'erreur sur la personne du métayer qui serait une cause de nullité (2). Il convient même en général de décider que le bail à ferme est conclu en considération de la personne du fermier, car il importe grandement au bailleur, dans l'intérêt de sa terre, de bien choisir celui qui aura le droit de la cultiver (3).

63. Pour que le consentement soit vicié par une erreur sur la personne, il n'est pas indispensable que la partie dont il émane confonde son cocontractant avec un autre individu. Il suffit que la volonté de cette partie soit déterminée par cette circonstance qu'elle croit à l'existence, chez l'autre partie, d'une qualité naturelle, morale ou civile que celle-ci n'a pas. Ainsi mon consentement est vicié si je contracte, parce que je suis persuadé à tort que mon cocontractant est mon parent, ou mon allié, ou parce que je lui attribue par erreur la qualité d'héritier d'un tiers (4).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 17 *bis*-I, al. 3; Larombière, I, p. 53 (art. 1110, n. 14); Demolombe, XXIV, n. 114; Pont, *Sociétés*, n. 21; Guillouard, *Traité des sociétés*, n. 31; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des sociétés*, n. 47, al. 4. — Mais, en règle très générale, l'erreur n'est pas une cause de nullité quand elle porte sur la personne d'un associé qui figure seulement au contrat en qualité de bailleur de fonds, s'il a versé sa mise ou s'il est prêt à la verser conformément aux clauses du contrat. Larombière, Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(2) Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, XXIV, n. 115; Larombière, I, p. 53 (art. 1110, n. 15); Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re édit., n. 49, al. 2, 2e édit., n. 54.

(3) Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, XXIV, n. 116; Laurent, XV, n. 498. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, I, 2e édit., n. 53 *in fine*. — Il peut même arriver, à raison des circonstances, que, dans le louage d'immeubles, l'erreur sur la personne du preneur soit substantielle : « Pour le contrat de louage, la qualité personnelle du preneur est importante, au moins dans certaines localités où les habitudes, les relations sociales, le milieu dans lequel chacun vit, etc., n'admettent pas des promiscuités de voisinage qui resteraient plus indifférentes dans une grande ville comme Paris ». Trib. civ. de Nantes, 10 juil. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 176.

(4) Duranton, X, n. 126; Colmet de Santerre, V, n. 17 *bis*-II; Larombière, I, p. 55 (art. 1110, n. 20); Demolombe, XXIV, n. 121. — Le bailleur qui a consenti une location à une femme galante est-il fondé à demander la nullité de ce bail, lorsqu'il est démontré qu'il n'eût pas traité, s'il avait connu la conduite de cette

Mais, dans beaucoup de cas, l'erreur sur une simple qualité civile ou naturelle de la personne avec laquelle on traite ne peut pas influer sur la validité du consentement. Si, par exemple, le peintre à qui je commande un tableau n'est pas, comme je le crois, le cousin d'un de mes amis, cette erreur sera presque toujours indifférente.

64. Selon nous, le législateur, dans l'art. 2053, a simplement fait à la transaction une application du principe posé dans le second alinéa de l'art. 1110, relativement à l'erreur sur la personne : « Néanmoins, porte l'art. 2053, une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a *erreur dans la personne* ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence ». Il résulte de notre proposition que la transaction n'est annulable pour cause d'erreur sur la personne que si cette erreur a été la cause déterminante du contrat. Il est vrai que la disposition de l'art. 2053 devient inutile si l'on adopte cette interprétation, et qu'il en est autrement si l'on admet, avec certains auteurs, que, d'après ce texte, l'erreur sur la personne est présumée de plein droit avoir déterminé la transaction. Mais quoi d'étonnant à ce que la disposition de l'art. 2053 ne présente, relativement au point qui nous occupe, aucune utilité ? N'est-on pas d'accord pour reconnaître qu'elle est surabondante en ce qui concerne le dol et la violence dont elle parle également? On ne saurait d'ailleurs conclure des termes de l'art. 2053 qu'il renferme une exception. S'il ne dit pas formellement que l'erreur sur la personne doit avoir été la cause déterminante de la transaction, c'est parce qu'il renvoie implicitement pour ce vice du consentement, comme pour les deux autres, aux dispositions

femme? — Pour l'affirmative, Trib. civ. Nantes, 10 juil. 1894, précité. Mais, en sens contraire, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, I, 1re édit., n. 51, 2e édit., n. 55.

La doctrine admet que l'erreur sur les qualités de la personne suffit pour vicier une donation, en supposant que la croyance à ces qualités ait été la cause déterminante de la libéralité. — Troplong, *Donations*, II, n. 502; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 57; Demolombe, XVIII, n. 390; Laurent, XI, n. 128. — Mais, bien entendu, cela suppose que cette erreur est vraiment prouvée. — V. Req., 13 juin 1826, S. chr., VIII. 1. 359, col. 3 *in fine*, D. *Rép. alph.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 216.

des art. 1109 et suivants. Enfin on ne voit pas quel motif pourrait expliquer ici une dérogation aux principes. Il peut arriver, sans doute, que l'on transige en considération des liens de parenté ou des rapports d'amitié qu'on a avec l'autre partie. Mais, la plupart du temps, dans les transactions, l'erreur sur la personne est indifférente, car, très ordinairement, si l'on transige, c'est pour se soustraire à tous les ennuis et à toutes les préoccupations qui résultent d'un procès (1).

A plus forte raison n'admettons-nous pas que l'effet de l'erreur sur la personne dans les transactions soit d'entraîner non pas seulement la nullité, mais l'inexistence même du contrat. Cette idée est manifestement inconciliable avec le texte même de l'art. 2053, d'après lequel, en cas d'erreur sur la personne, la transaction *peut être rescindée*. Il ne saurait être question de rescinder une convention inexistante. On objecte que, dans l'*Exposé des motifs*, Bigot-Préameneu, voulant expliquer la portée de la disposition de l'art. 2053, suppose l'hypothèse où l'on croirait faire une transaction avec celui qui aurait qualité pour élever des prétentions sur le droit litigieux, tandis qu'on la ferait avec une personne à laquelle ce droit serait absolument étranger. Alors, sans doute, la transaction n'a pas de réalité. Elle est inexistante faute d'objet. Mais cette hypothèse ne rentre pas dans les termes de l'art. 2053. Si Bigot-Préameneu est d'un autre avis, c'est parce qu'il a perdu de vue les principes généraux de la matière : « *Il n'y a, dit-il, ni consentement ni même de contrat* lorsqu'il y a erreur dans la personne.. *Il n'y a point de consentement* s'il a été surpris par dol ou extorqué par la violence. *Ce sont les principes communs à toutes les obligations* » (2). Cette proposition est inexacte. L'erreur, la violence et le dol ne font pas obstacle à l'existence du contrat. Dans le système du Code, ils ne sont que des vices du consentement. Oubliant

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 17 *bis*-II; Larombière, I, p. 54 (art. 1110, n. 18); Demolombe, XXIV, n. 120; Pont, *Petits contr.*, n. 468; Guillouard, *Transaction*, n. 139; Huc, XII, n. 327, p. 374; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Transaction*, n 1245. — V. aussi Planiol, II, n. 2299. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 670, note 3. — *Contra* Duranton, X, n. 124; Laurent, XXVIII, n. 333.

(2) Fenet, XV, p. 109; Locré, XV, p. 423.

la portée de l'art. 1117, qui déclare simplement annulable la convention entachée de l'un de ces trois vices, Bigot-Préameneu devait naturellement se tromper sur la portée de l'art. 2053, ce dernier texte n'étant que le corollaire de l'autre (1).

65. Il est certain que tous les actes juridiques peuvent être annulés pour cause d'erreur sur la personne lorsque cette erreur soulève une question d'identité. Mais, pour certains actes relatifs à l'état des personnes, il est très douteux qu'on puisse aller plus loin et admettre que l'erreur sur les qualités civiles ou morales suffit pour les invalider si ces qualités ont été considérées comme essentielles par celui qui s'est trompé.

Quelle doit être, par exemple, au cas de mariage, l'étendue de l'erreur sur la personne, ou, comme dit l'art. 180, de « l'erreur dans la personne » pour que cette erreur soit prise en considération? Faut-il que l'un des contractants se soit mépris sur la personne physique de l'autre? Faut-il tout au moins que l'erreur porte sur l'ensemble de la personnalité civile et qu'elle soulève ainsi la question d'identité? Suffit-il, au contraire, qu'elle soit relative à quelqu'une des qualités constitutives de la personnalité civile? Peut-on aller jusqu'à dire que l'erreur sur la personnalité morale ou sur de simples qualités morales est susceptible, suivant les circonstances, d'entraîner la nullité du mariage? C'est dans le commentaire de l'art. 180 qu'il faut chercher la réponse à ces diverses questions. Nous rappellerons toutefois les deux points suivants : d'après l'opinion la plus générale, il n'est pas nécessaire, pour que l'erreur sur la personne vicie le mariage, que l'un des contractants se soit trompé sur la personne physique de l'autre (2), et même, suivant certains auteurs, lorsque la méprise porte sur la personne physique, elle rend le mariage inexistant et non pas seulement annulable (3). Mais, d'après la jurisprudence la plus récente de la cour de

(1) Pont, *loc. cit.*; Laurent, XXVIII, n. 334. — V. cependant Duranton, X, n. 124; Troplong, *Transac.*, n. 143; Mugnier, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 82.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n. 1724 s.

(3) Sur ce point, V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, II, n. 1720-1721.

cassation, approuvée par plusieurs auteurs et que nous croyons fondée, il faut que l'erreur soit relative à la personnalité civile complète, ou, en d'autres termes, qu'elle soulève la question d'identité. Il ne suffit donc pas qu'elle porte sur des qualités civiles, encore moins sur des qualités morales (1).

Une reconnaissance d'enfant naturel peut certainement, elle aussi, être annulée pour cause d'erreur sur la personne, en supposant que son auteur se soit mépris sur l'identité civile de l'individu qu'il a reconnu pour son enfant (2). Mais que faudrait-il décider si l'erreur avait simplement concerné des qualités civiles ou morales de cet individu? La question ne paraît pas s'être présentée en pratique ni avoir été prévue par la doctrine. Mais, puisqu'il s'agit encore de l'état des personnes, elle devrait être résolue comme en matière de mariage. La cour suprême se refuserait évidemment, et nous croyons que ce serait avec raison, à voir une cause de nullité dans ce fait que la reconnaissance aurait été déterminée par la croyance erronée que l'enfant reconnu était un homme honorable ou était marié.

Les observations qui précèdent s'appliquent aussi à l'adoption, que l'erreur sur la personne se soit produite dans l'esprit de l'adoptant ou dans celui de l'adopté (3).

66. Dans cette matière, le pouvoir d'appréciation des juges du fond est absolu et souverain, en ce sens qu'ils peuvent toujours, quelle que soit la nature de la convention, décider, d'après les circonstances particulières de la cause, si la con-

(1) Cass., ch. réunies, 24 avril 1862, S., 62. 1. 341, D. P., 62. 1. 159. — Dans le même sens, Bordeaux, 21 mars 1866, S., 66. 2. 209. — Aubry et Rau, V, p. 63; Laurent, II, n. 294; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit*, II, n. 1738. — V. C. civ. Fuzier-Herman, art. 180, n. 50 s. — Mais plusieurs auteurs considérables sont de l'opinion contraire. V. notamment Valette sur Proudhon, I, p. 395, note *a;* Colmet de Santerre, I, n. 262 *bis;* Demolombe, III, n. 253; Labbé, *Note* sous Paris, 4 fév. 1860, P., 60. 2. 41. — V. aussi C. civ. Fuzier-Herman, art. 180, n. 56 s. — M. Huc enseigne que le mariage est annulable lorsque l'erreur porte sur les *attributs de la personne*, mais non lorsqu'elle est relative aux *qualités de la personne*, les attributs, à la différence des qualités, n'étant susceptibles ni de plus ni de moins. V. *Comment du C. civ.*, II, n. 69-84 (discussion approfondie).

(2) Demolombe, V, n. 431; Laurent, IV, n. 63. — Aix, 12 déc. 1852, S., 54. 2. 321, D. P., 54. 2. 121.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 127.

sidération de la personne du contractant a été ou non la cause principale du consentement (1). Mais, quand les juges du fait ont constaté qu'il y a eu erreur sur la personne et que sans cette erreur la convention n'aurait certainement pas eu lieu, ils ne sauraient se refuser à prononcer la nullité de celle-ci en se fondant sur ce que l'individu avec lequel on a traité pouvait, aussi bien que celui avec lequel on croyait traiter, exécuter le contrat. A plus forte raison les juges du fait ne pourraient-ils pas, tout en reconnaissant que l'erreur a été la cause déterminante du consentement, repousser la demande en nullité par la raison qu'au moment où la convention a été conclue, la partie sur la personne de laquelle il y a eu méprise était de bonne foi. La décision qui se prononcerait en sens inverse tomberait sous la censure de la cour suprême.

Tel n'est pas l'avis de Demolombe. D'après lui, il pourrait y avoir lieu de tenir compte de la bonne foi du contractant sur la personne duquel a porté l'erreur, comme aussi de la circonstance que ce contractant offre les mêmes garanties de solvabilité ou autres que l'individu avec lequel on a entendu traiter (2).

Cette proposition nous paraît inadmissible. Sans doute, les juges du fait sont souverains appréciateurs du point de savoir si l'une des parties s'est trompée sur l'identité de l'autre et si la considération de la personne a été la cause principale de la convention. Mais, quand ils répondent affirmativement à cette double question, rien ne les autorise à écarter les conséquences juridiques que le législateur, dans l'art. 1110, a nécessairement attachées aux faits que nous supposons constatés. Rationnellement, d'ailleurs, on ne voit pas comment les circonstances indiquées par Demolombe pourraient empêcher l'annulation du contrat, car, lorsqu'elles se rencontrent, il n'en est pas moins vrai que l'erreur a eu sur le consentement une influence prépondérante, ce qui suffit pour invalider la convention.

(1) Cass. Belgique, 21 mai 1878, *Pasicr.*, 78. 1. 274.
(2) Demolombe, XXIV, n. 119.

N° 3. Règles communes aux deux cas d'erreur étudiés ci-dessus.

67. Qu'il s'agisse d'erreur sur la substance de la chose ou d'erreur sur la personne, il incombe à la partie qui prétend que son consentement a été vicié de prouver qu'elle s'est trompée (1). La décision qui prononcerait la nullité d'une convention en se fondant sur la simple possibilité d'une erreur serait sujette à cassation comme violant la disposition de l'art. 1315 (2).

68. Celui qui fait annuler le contrat pour cause d'erreur sur la personne, est tenu, comme celui qui le fait annuler pour cause d'erreur sur la substance de la chose, de la *culpa in contrahendo* (3).

69. L'erreur de droit exerce sur le consentement la même influence que l'erreur de fait (4). Elle a donc pour résultat, suivant les cas, d'invalider la convention ou même de faire obstacle à son existence. Elle vicie le consentement lorsqu'elle tombe sur une qualité substantielle de la chose ou de la personne. Elle entraîne l'inexistence de la convention lorsqu'elle suppose l'absence d'un des éléments essentiels pour la formation de celle-ci, c'est-à-dire le défaut de consentement ou

(1) Le contrat par lequel une maison de commerce a accrédité, pour un certain nombre d'années, comme son représentant en Algérie et en Tunisie, un individu appartenant au culte israélite, ne saurait être annulé pour cause d'erreur sur la personne, sous prétexte que cet agent n'aurait pas, au moment de la convention, fait connaître sa religion à ladite maison de commerce, alors que le culte du représentant choisi par celle-ci n'était pas, à ce moment, une considération déterminante. Trib. civ. Montbéliard, 28 oct. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 552, et, sur appel, Besançon, 5 juil. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 159. — Dans l'espèce, d'après les constatations faites par le tribunal et par la cour, la maison de commerce n'établissait nullement n'avoir voulu traiter qu'avec un représentant faisant profession d'une religion déterminée : elle ne démontrait même pas qu'elle eût posé à ce sujet, lors de la convention, une question à l'agent. Le cas était d'autant moins douteux que, suivant la remarque du tribunal, « il n'est pas d'usage, dans la conclusion des affaires commerciales, de considérer l'origine des contractants ou le culte qu'ils professent ».

(2) Civ. cass., 2 mars 1881, S., 82. 1. 363, D. P., 82. 1. 199.

(3) V. *supra*, n. 60 *in fine*. — Cpr. C. civ. Monténégro, art. 521, al. 3. — D'après M. Bufnoir, c'est en vertu d'une obligation *quasi ex delicto* que la partie imprudente devrait ici des dommages-intérêts. *Op. cit.*, p. 595 *in fine* et 596.

(4) Quelques législations étrangères consacrent le principe inverse. — C. civ. Chili, art. 1452 : « L'erreur sur un point de droit ne vicie pas le consentement ». — *Sic* C. civ. mexicain, art. 1296.

d'objet. Donc, qu'il s'agisse d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait, les conditions exigées pour qu'il y ait vice du consentement ou inexistence de la convention sont les mêmes (1).

On a quelque peine à imaginer des espèces dans lesquelles l'erreur de droit vicie ou exclut le consentement conformément aux règles que nous avons étudiées. Aussi est-il bon de donner un exemple. Sous l'empire de l'ancien art. 843, des héritiers se sont engagés à payer dans de certaines conditions à un de leurs cohéritiers, qui a accepté la succession, un legs que le *de cujus* a fait à celui-ci, mais sans le dispenser du rapport, et, s'ils ont pris cet engagement, c'est parce qu'ils ignoraient qu'en vertu de l'art. 843, leur cohéritier était tenu de rapporter le legs. Il y a, en pareille hypothèse, erreur de droit sur une qualité substantielle de la chose, car les héritiers n'auraient point promis de payer le montant de la libéralité s'ils avaient su qu'elle était rapportable.

L'assimilation de l'erreur de droit à l'erreur de fait est justifiée par des arguments décisifs. Dans les articles 1109 et 1110, le législateur parle de l'erreur en général. Donc, en principe, il n'exclut pas l'erreur de droit. C'est d'autant moins douteux qu'ayant voulu, dans deux matières spéciales, que l'erreur de droit n'eût pas d'effet sur le consentement, il a dû le déclarer expressément. Il a disposé dans l'art. 1356 que l'aveu judiciaire ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit, et, dans l'art. 2052, al. 2, que les transactions ne sauraient être attaquées pour cause d'une erreur de cette nature. On doit évidemment admettre que ces deux textes ne sont pas inutiles ; or, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'ils aient un caractère exceptionnel, ce qui suppose qu'en règle générale l'erreur de droit a la même importance que l'erreur de fait. Rationnellement, d'ailleurs, on doit arriver à cette conclusion. En effet, c'est l'altération subie par le consentement qui produit la nullité; c'est le défaut de consentement ou d'objet qui entraîne l'inexistence de la convention. Or cette altération ou cette absence d'un élément

(1) « Attendu que l'erreur de droit ou de fait n'est une cause de nullité de la convention qu'autant qu'elle a été le motif principal et déterminant de l'engagement... ». — Req., 16 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 469.

essentiel est toujours la même, qu'elle découle d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait.

On oppose, il est vrai, le vieil adage romain : nul n'est censé ignorer la loi [1]. Mais cet adage, que notre ancien droit repoussait déjà [2], n'est écrit nulle part dans le Code, et le silence du législateur sur ce point doit être considéré comme intentionnel, car, en vérité, il serait bien peu raisonnable de supposer que tout le monde peut posséder la science d'un jurisconsulte. S'il n'est pas permis d'excuser la personne qui, par ignorance, a enfreint quelque disposition d'ordre public, ce n'est point, certes, parce que cette personne est réputée avoir connu la loi, mais bien parce que l'intérêt général exige qu'on n'ait pas égard à son ignorance. Il reste donc vrai que dans les questions où l'intérêt privé seul est en jeu, l'erreur de droit peut exclure ou vicier le consentement [3].

Après quelques hésitations [4], la jurisprudence paraît s'être engagée définitivement dans cette voie, comme le prouve notamment un remarquable arrêt de la cour d'Agen, du 17 mai 1887, où on lit : « Attendu que l'art. 1109 C. civ. ne distingue point entre l'erreur de fait et l'erreur de droit; que, lorsque le législateur a voulu distinguer, il a pris soin de le déclarer comme dans les art. 1356, pour l'aveu judiciaire, et 2052, pour les transactions ; qu'il ne suffit pas, pour affirmer la validité d'un engagement déterminé par une erreur

(1) Encore pouvait-on, en droit romain, opposer l'erreur de droit quand il s'agissait, pour celui qui s'en prévalait, non pas de faire un gain, mais seulement d'éviter une perte.

(2) V. notamment un arrêt du Parlement de Metz du 27 juillet 1691, analysé dans Toullier, VI, n. 66, note 1. — Cpr. Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, n. 13-15 (édit. Rémy, I, p. 385-386).

(3) Toullier, VI, n. 58-67; Duranton, X, n. 127; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 554, § 613; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 298, 5e édit., p. 496, texte et note 7; Demolombe, XXIV, n. 129; Larombière, I, p. 56 (art. 1110, n. 22-24); Laurent, XV, n. 505-508; Arntz, III, n. 15; Vigié, 2e éd., II, n. 1158; Huc, VII, n. 21, p. 34 *in fine*; Thiry, II, n. 576.

(4) Riom, 13 mars 1855, D. P., 55. 2. 183. — La cour de Besançon, sans aller jusqu'à poser en principe que l'erreur de droit ne peut pas entraîner la nullité d'une convention, a jugé qu'elle ne doit pas être prise en considération quand elle a le caractère d'erreur grossière. Besançon, 1er mars 1864, D. P., 64. 2. 61. Mais cette circonstance est indifférente du moment que l'erreur a porté sur une qualité substantielle, Laurent, XV, n. 509.

de droit, d'invoquer la maxime que nul n'est censé ignorer la loi; que l'application de cette maxime, que ne reproduit aucun texte de notre droit civil, doit être limitée au cas où la loi fixe des délais ou impose des obligations, et non étendue de manière à nuire à des intérêts qu'il y a lieu au contraire de protéger » (1).

La question de savoir si une erreur de droit s'est réellement produite dans l'esprit de la personne qui l'allègue et si elle a été la cause déterminante de l'engagement pris par cette personne est résolue souverainement par les juges du fond d'après les circonstances de la cause (2). Remarquons à ce sujet qu'en pratique il est particulièrement difficile d'admettre que l'erreur a été la cause déterminante de l'engagement quand elle consiste dans ce fait qu'on ignorait une controverse existant sur un point de droit en doctrine ou en jurisprudence (3).

N° 4. **Erreur sur l'efficacité juridique de la cause.**

70. L'art. **1110** mentionne seulement deux cas où l'erreur **invalide le consentement. Il en est un autre** dont nous devons dire quelques mots pour compléter l'**énumération. Ainsi** que nous l'avons précédemment indiqué, lorsque l'erreur porte sur l'existence même de la cause, la convention est inexistante. Mais, suivant la remarque fort juste d'Aubry et Rau, lorsqu'un des contractants se trompe non pas sur la réalité de la cause de son engagement, mais sur l'efficacité juridique de cette cause, la convention est simplement annulable. Tel est, par exemple, le cas où quelqu'un s'engage par voie de novation à payer une dette naturelle dans la persuasion qu'elle est civilement obligatoire (4).

(1) Agen, 17 mai 1887, joint à Req., 28 mai 1888, S., 89. 1. 248, D. P., 89. 1. 315. — *Adde* Grenoble, 24 juill. 1830, S., 31. 2. 35, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 147. — Limoges, 8 déc, 1837, S., 39. 2. 27, D. *op.* et v° *cit.*, n. 149. — Civ. rej., 12 mars 1845, S., 45. 1. 525, D. P., 45. 1. 202. — Bordeaux, 20 mai 1885, *Rec. de Bordeaux*, 1885. 1. 215; *Gaz. des trib.*, 19 août 1885. — Paris, 30 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1, *Suppl.*, p. 72. — Chambéry, 11 janvier 1894, D. P., 95. 2. 235. — V. au surplus Req., 28 mai 1888 (sol. impl.), précité.

(2) Req., 28 mai 1888, précité.

(3) Trib. civ. Domfront, 10 juil. 1885, *Droit*, 24 oct. 1885.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 297, texte et note 5; 5e éd., p. 495, texte et note 5.

C. *Cas dans lesquels l'erreur est sans influence sur la validité du contrat* (1).

71. Dans toutes les hypothèses autres que celles que nous venons de passer en revue, l'erreur n'empêche pas le contrat d'être valable. Cela ressort de la formule restrictive dont le législateur s'est servi dans l'art. 1110. Ainsi on ne doit pas considérer comme causes de nullité :

1° L'erreur sur les qualités non substantielles de la chose objet du contrat (2); de très nombreuses décisions judiciaires

(1) Cpr. *Code fédéral des Oblig.*, art. 21.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 18, al. 2; Bufnoir, *op. cit.*, p. 599 et p. 604 *in fine;* Planiol, II, 1re édit., n. 1098, 2e et 3e édit., n. 1056. — Nancy, 15 mai 1869, S., 69. 2. 179; cette décision explique très bien que « l'erreur sur les qualités accidentelles et secondaires ne saurait suffire pour annuler le consentement, *alors même que l'absence des qualités qui font défaut constitue une altération de la chose et une dépréciation de sa valeur* ». — *Adde* Pau, 20 janv. 1875, S., 75. 2. 176, D. P., 76. 2. 238. — Req., 5 août 1875, S., 75. 1. 366. — Trib. civ. de Muret, 14 fév. 1886, sous Toulouse, S., 90. 2. 61. — Il a été jugé spécialement que la souscription à un ouvrage de librairie ne peut être annulée pour cause d'erreur, si les imperfections que cet ouvrage présente, contrairement aux espérances du souscripteur, ne portent que sur des qualités accidentelles. — Riom, 12 mai 1884, S., 85. 2. 13. — En principe, dans une vente d'immeubles, l'erreur sur les tenants et aboutissants de l'immeuble vendu n'est pas substantielle et n'entraîne pas la nullité du contrat. Riom, 10 mai 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 2. 422. — La vente d'un cheval n'est pas invalidée par l'erreur qui porte sur le bon dressage de l'animal, car ce n'est là qu'une qualité accidentelle. Trib. civ. Seine, 22 juil. 1882, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 134 (2e part.). — Il en serait de même si, dans cette vente, l'erreur était relative à une question de vitesse. — Bordeaux, 2 mai 1890, *Rec. de Bordeaux*, 90. 1. 278. — Il est de jurisprudence que les négociations d'actions d'une société déclarée nulle ne peuvent être annulées ni pour défaut d'objet, ni même pour erreur sur la substance. En effet le jugement qui a prononcé la nullité de la société n'empêche pas que celle-ci ait existé en fait dans le passé. « Les actions de cette société gardent donc leur caractère *essentiel* qui est de donner à leur propriétaire le droit de conserver les bénéfices qu'il aurait légitimement perçus avant l'instance en nullité, et celui de réclamer dans l'actif actuellement subsistant une part proportionnelle au nombre de ses actions ». — Civ. rej., 3 juin 1885, S., 85. 1. 259, D. P., 86 1. 25. — *Adde* Lyon, 23 janv. 1884, S., 84. 2. 49 (*Note* de M. Lyon-Caen), D. P., 84. 2. 153; 8 mai 1884, S., 84. 2. 107, D. P., 84. 2. 219. — Orléans, 24 juil. 1890, S., 91. 1. 154. — Civ. rej., 9 nov. 1892 (2 espèces, après délib. en ch. du cons.), S., 93. 1. 361. — Voir d'autres applications de notre principe dans Trib. civ. Nice, 24 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 1. 779. — Req., 13 janv. 1891, *Pand. franç.*, 91. 1. 246. — Trib. civ. Seine, 3 août 1897, D. P., 98. 2. 51. — Dans l'arrêt précité du 20 janvier 1875, la cour de Pau fait observer que, sans doute, la nullité d'un contrat peut être prononcée « si les parties, visant une qualité purement accidentelle de la chose qui est l'objet de la convention, avaient fait de cette qualité une condition de leur contrat, mais qu'il faudrait du moins qu'elles s'en fussent expliquées, et que ce serait alors sur les

proclament ce principe; mais, en réalité, elles ne lui donnent pas toutes la même portée; c'est là une conséquence de ce fait qu'elles n'adoptent pas toutes le même *criterium* pour la distinction des qualités substantielles et des qualités accidentelles (1);

2° L'erreur sur la valeur de cette chose; une semblable erreur se confond avec la lésion, qui, en principe, n'est pas une cause de nullité des contrats. Art. 1118 (2);

3° *A fortiori* l'erreur qui porte non sur une qualité de la chose, mais sur un des points accessoires du contrat étrangers à la détermination de son objet (3);

stipulations du contrat lui-même, et non sur les dispositions de la loi que se fonderait la nullité ». En d'autres termes, celle-ci découlerait du principe que la convention fait la loi des parties, et non des règles qui sont relatives à l'erreur. *Sic* Trib. civ. de Muret, 14 fév. 1886, précité. — V. Bufnoir, *op. cit.*, p. 604 *in fine*. — Solution expresse dans le C. civ. du Chili, art. 1454, al. 2.

(1) Jugé qu'un contrat d'assurance ne saurait être déclaré nul pour cause d'erreur sur la solvabilité de la compagnie. Trib. civ. Seine, 3 août 1897, précité.

(2) Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 495; Demolombe, XXIV, n. 128; Laurent, XV, n. 496. — Req., 17 mai 1832, S., 32. 1. 849, D. P., 32. 1. 326 et D. *Rép. alph.*, v° *Office*, n. 168. — Req., 1er mars 1876, S., 76. 1. 318, D. P., 77. 1. 155. — *Adde* Pau, 20 janv. 1875, précité. — Trib. civ. Seine, 5 fév. 1889, *Droit*, 17 fév. 1889. — Douai, 31 juil. 1895, joint à Civ. rej., 7 juil. 1897, D. P., 98. 1. 354. — Paris, 9 novembre 1899, S., 1900. 2. 296. — Spécialement un vendeur n'est pas fondé à demander la nullité du contrat à raison de l'erreur qu'il a commise à son préjudice dans la fixation du prix de la marchandise vendue, en cotant celle-ci au-dessous de sa valeur. — Req., 13 janv. 1891, S., 91. 1. 72, *Pand. fran.*, 91. 1. 246. *Gaz. Pal.*, 91. 1. 129. — De même « l'erreur portant sur le chiffre plus ou moins élevé des revenus d'un office ne saurait être considérée comme une erreur tombant sur la substance même de la chose ». — Agen, 15 janv. 1889, D. P., 90. 2. 45. — Cpr. Civ. rej., 29 janv. 1896, D. P., 96. 1. 556. — V. quant à l'erreur sur la valeur dans les ventes de fonds de commerce, Paris, 9 novembre 1899, D. P., 1900. 2. 210, et les renvois. Dans l'espèce, la comptabilité du vendeur renfermait des erreurs et des irrégularités qui étaient de nature à fausser les résultats des inventaires et à induire l'acquéreur en erreur tant au point de vue du chiffre des revenus annuels qu'au point de vue du caractère de la clientèle. La cour a décidé que le fonds de commerce avait, néanmoins, une existence réelle et sérieuse et que l'acquéreur n'avait été trompé que sur la valeur. Elle en a conclu que l'erreur dont il s'agissait ne pouvait entraîner que la réduction du prix de vente et sa fixation à la valeur véritable du fonds de commerce au jour du contrat.

(3) Par application de ce principe, il a été jugé que le vendeur qui s'est engagé à livrer des marchandises « franco de port et tous droits de douane acquittés », n'est pas fondé à demander la résiliation du marché pour cause d'erreur dans ses appréciations relativement à une surélévation de tarif d'importation, prévue par les parties au moment du contrat, mais indéterminée dans sa quotité. — Req.,

4° L'erreur sur la personne avec qui on a voulu contracter, lorsque la considération de cette personne n'était pas la cause déterminante de la convention ;

5° L'erreur sur les motifs du contrat. Ainsi j'achète un cheval ; le motif qui me détermine à faire cet achat, c'est la nouvelle que je viens de recevoir de la mort d'un de mes chevaux ; mais il se trouve que cette nouvelle est fausse. L'erreur dans laquelle je suis tombé sur le motif du contrat ne m'autorisera pas à le faire annuler (1) ;

6° Enfin les simples erreurs de calcul. Il importe peu, d'ailleurs, qu'elles soient sans influence sur la validité du contrat, car la partie à laquelle ces erreurs profitent ne peut pas s'opposer à ce qu'elles soient réparées (2).

II. *De la violence* (3).

A. *Notion de la violence.*

72. La violence consiste dans des voies de fait ou des menaces exercées contre une personne pour lui arracher un consentement qu'elle ne veut pas donner. La violence agit par

27 janv. 1875, S., 75. 1. 367, D. P., 75. 1. 264. *Adde* Amiens, 2 août 1872, S., 72. 2. 174. — Req., 24 juin 1873, S., 73. 1. 391, D. P., 74. 1. 17.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 20 ; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Lég. civ.*, XII, p. 319, n. 10, et Fenet, XIII, p. 223 ; Marcadé, IV, n. 406 *in fine ;* Colmet de Santerre, V, n. 18 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 298, 5e édit., p. 495 ; Demolombe, XXIV, n. 127 ; Laurent, XV, n. 499-500 ; Huc, VII, n. 20 *in fine ;* Bufnoir, *op. cit.*, p. 592-595. — Civ. rej., 1er mars 1853, D. P., 53. 1. 134. — Rouen,.. mars 1854, D. P., 54. 2. 213. — Req., 15 fév. 1870, S., 71. 1. 197, D. P., 71. 1. 164. — Trib. civ. Lyon, 15 mars 1884, S., 87. 2. 179. — Civ. cass., 26 mai 1891, S., 91. 1. 248, D. P., 91. 1. 352, *Pand. franç.*, 91. 1. 432. — Paris, 12 juil. 1892, D. P., 93. 2. 509. — Trib. civ. Seine, 6 juin 1899, *Le Droit*, 4 oct. 1899. — Toutefois, dans cette hypothèse, comme dans celle où l'un des contractants s'est trompé sur des qualités accidentelles de la chose, l'erreur est une cause de nullité, s'il résulte des termes de la convention que les parties ont voulu qu'il en fût ainsi. Alors, en effet, la réalité des motifs constitue une véritable condition, qui, si elle vient à défaillir, entraîne la nullité des obligations réciproques. Mais, pour cela, il faut qu'il soit formellement établi que les parties ont eu l'intention de s'engager d'une façon conditionnelle. — Trib. civ. Lyon, 15 mars 1884, précité. — La cour de Chambéry a rendu le 11 janv. 1894 une décision très discutable, D. P., 95. 2. 235.

(2) Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, tit. XVIII, sect. I, n. 13 (édit. Rémy, I, p. 385). — C. civ. port., art. 655 ; C. civ. mexic., art. 1296, al. 1er ; C. féd. des oblig., art. 22 ; C. civ. esp., art. 1266 *in fine*.

(3) V. pour le droit allemand, Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 56-78.

la crainte qu'elle inspire. Elle n'agit donc pas nécessairement, car la personne violentée peut avoir assez de force d'âme pour résister. En réalité, par conséquent, ce n'est pas la violence même, mais la crainte, son effet ordinaire, qui altère la volonté (1). Au fond, d'ailleurs, comme nous le verrons par l'art. 1112, quand le législateur emploie l'expression *violence*, il vise la crainte.

Il est évident que la violence, ainsi comprise, vicie profondément le consentement (2); aussi la loi en fait-elle une cause de nullité du contrat qu'elle a inspiré. Toutefois la violence n'est pas exclusive du consentement, comme on pourrait le croire au premier abord. En effet, celui contre qui elle est dirigée peut se dispenser de consentir en subissant le mal dont on le menace ou seulement en s'exposant à le subir, car souvent la menace n'est qu'un moyen d'intimidation. Nous venons de le dire, de deux maux il choisit le moindre; or, s'il fait un choix, il consent (3). Par suite le contrat se forme ; mais il est imparfait, parce que le consentement qui lui sert de base est profondément vicié. Aussi la loi permet à la victime de la violence d'en demander la nullité.

73. Il résulte de la définition qui précède qu'on peut distinguer, comme le font les auteurs, deux espèces de violence : la violence morale, c'est-à-dire la contrainte exercée au moyen de menaces (4), et la violence physique, c'est-à-dire la contrainte

(1) Voilà pourquoi les jurisconsultes romains en vinrent à ne plus désigner le vice du consentement dont nous parlons que sous le nom de *metus*. L. 1, D., *Quod metus causa*, IV, 2 : « *Ait prætor : Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo ; olim ita edicebatur : Quod vi metusve causa : vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati; metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio : ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur* ». — L. 3, *eod. tit.* : « *Continet igitur hæc clausula et vim et metum* ». — Bufnoir, *op. cit.*, p. 605. — C'est pour la même raison que les rédacteurs du C. fédér. des obligations ont remplacé l'expression de violence par celle de « crainte fondée ». — V. Virgile Rossel, *op. cit.*, n. 49.

(2) L. 116, D., *De diversis regulis juris antiqui*, L. 17 : « *Nihil consensui tam contrarium est qui ac bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus* » (Ulpien).

(3) L. 21, § 5, D., *Quod metus causa* : « *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* ».

Les glossateurs ont tiré de cette décision le brocard : « *Voluntas coacta est voluntas* ».

(4) Voici des exemples intéressants de consentements viciés par une violence

exercée au moyen de mauvais traitements [1]. Si la première fait impression sur la victime, c'est par la crainte de voir se réaliser le mal dont celle-ci est menacée. Si la seconde altère le consentement, c'est par la crainte d'avoir à subir plus longtemps ou de nouveau les voies de fait. De sorte que, dans les deux hypothèses, la volonté est déterminée par le même élément, la crainte. En définitive, dans notre matière, la distinction entre la violence morale et la violence physique est dépourvue d'intérêt [2].

Les dispositions que nous allons étudier ne s'appliqueraient pas dans le cas où on aurait forcé quelqu'un à signer en lui tenant la main et en la dirigeant malgré lui. En supposant que ce fait, bien extraordinaire, puisse se produire, le contrat ne sera pas simplement nul, car la volonté de la personne

morale : La femme divorcée à qui a été attribuée la garde des enfants est fondée à demander la nullité de la renonciation qu'elle a faite au bénéfice de cette décision, alors que le père avait enlevé les enfants à l'étranger et faisait de cette renonciation la condition de leur retour en France. — Trib. civ. Seine, 28 mai 1892, *Loi*, 24 juin 1892. — Un engagement peut être annulé comme entaché de violence lorsqu'il a été contracté sous la pression de la menace que le futur créancier faisait au futur débiteur d'envoyer à la fiancée de ce dernier des lettres où il parlerait de lui en termes désobligeants, et au président de la corporation dont le futur débiteur était membre, d'autres lettres compromettantes pour lui. — Trib. civ. Seine, 21 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 604. — Le fait, par le directeur d'une compagnie, de menacer ses agents de révocation pour obtenir d'eux qu'ils signent des billets destinés à ses créanciers personnels, constitue une violence morale, et, par conséquent, les engagements pris dans ces conditions sont annulables. — Bastia, 6 août 1892, D. P., 93. 2. 359. — V. encore Besançon, 8 mai 1875, D. P., 76. 2. 60. — Trib. com. Marseille, 21 sept. 1887, *Rec. Marseille*, 1888, p. 60. — Douai, 5 juil. 1894, joint à Civ. cass., 26 juil. 1897, D. P., 1901. 1. 28. — V. aussi *infra*, n. 83 et 84.

[1] Cpr. Code civ. port., art. 666, § unique; C. civ. mexic. art. 1299. — Le Code civil espagnol distingue la *violence* et l'*intimidation* : « Il y a violence quand, pour extorquer le consentement, on emploie une force irrésistible. Il y a intimidation quand on inspire à un des contractants une crainte raisonnable et fondée de souffrir un mal imminent et grave dans sa personne ou dans ses biens, ou dans la personne ou dans les biens de son époux, de ses descendants ou de ses ascendants. Pour qualifier l'intimidation on doit avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne ». Art. 1267, al. 1, 2 et 3. — Les rédacteurs du Code civil espagnol nous paraissent avoir pris l'expression *violence* dans le sens spécial de violence physique et l'expression *intimidation* dans le sens spécial de violence morale.

[2] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 299, note 10, 5e édit., p. 497, note 10; Larombière, I, p. 67 (art. 1111-1114, n. 2); Demolombe, XXIV, n. 132-133; Laurent, XV, n. 511; Huc, VII, n. 28; Bufnoir, *op. cit.*, p. 605.

violentée n'aura joué aucun rôle, et même, en réalité, ce n'est point sa signature qui aura été tracée.

B. *Des caractères que doit présenter la violence pour être un vice du consentement.*

74. La loi romaine, influencée par la doctrine stoïcienne, exigeait, pour que la violence pût être une cause de nullité, qu'elle fût de nature à ébranler les plus fermes courages (1).

Notre législation adoucit singulièrement cette rigueur. L'art. 1112 dit, en effet : « *Il y a violence, lorsqu'elle est de* » *nature à faire impression sur une personne raisonnable, et* » *qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou* » *sa fortune à un mal considérable et présent. — On a égard,* » *en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des per-* » *sonnes* ». Il suffit donc que la violence soit « de nature à faire impression *sur une personne raisonnable* ». Et encore ce principe, duquel il paraît résulter que la gravité de la violence doit être envisagée d'une matière abstraite, est-il fortement tempéré, pour ne pas dire détruit, par la partie finale de l'article, qui dispose qu' « on a égard, en cette matière, à » l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Ce ne sont pas là, d'ailleurs, les seuls éléments dont le juge devra tenir compte. L'esprit de la loi veut qu'il prenne aussi en considération le caractère, le tempérament, les habitudes, le genre d'éducation, l'état physique, les circonstances de temps et de lieu, en un mot, tout ce qui est de nature à lui révéler la gravité de l'impression produite sur la personne violentée (2).

(1) L. 6, D., *Quod metus causa*, IV, 2. : « *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat ad hoc edictum pertinere dicemus* » (Gaius). Cf. L. 1, *eod. tit.*

(2) Cette généralisation de la proposition écrite dans le second alinéa de l'art. 1112 peut s'appuyer sur la tradition. Domat disait : « Dans tous les cas où il s'agit de donner atteinte à une convention ou à quelque consentement qu'on prétend donné par la crainte de quelque violence ou autre mauvais traitement, *il en faut juger par les circonstances*, comme de l'injustice qui a été faite à celui qui prétend avoir été forcé, de la qualité des personnes, de celle des menaces, ou autres impressions, comme si on a mis une femme au péril de son honneur ; si des personnes violentes ont usé de menaces contre une personne faible et l'ont exposée à quelque péril ; si c'était le jour ou la nuit, dans une ville ou à la campagne. Et *c'est par ces sortes de circonstances et les autres semblables*, et par la conséquence de réprimer toute

Et même les juges doivent partir de cette idée qu'il est d'autant plus nécessaire de protéger les gens qu'ils sont plus timides et plus faibles [1]. Cela revient à dire que la violence doit être appréciée par rapport à celui qui en a été la victime [2].

La pensée du législateur paraît bien être que le juge ne devra pas prendre pour terme de comparaison un type absolu, et que son appréciation, dans cette matière, devra toujours être relative. Mais, il faut le reconnaître, il existe, du moins dans les termes, entre les deux alinéas de l'art. 1112, une certaine incohérence. Pour la faire disparaître, M. Colmet de Santerre a proposé l'explication suivante. Dans le premier alinéa, le législateur a établi un maximum. En d'autres termes, le juge doit nécessairement annuler la convention dès que la violence a été suffisante pour faire impression sur une personne raisonnable. Il n'a pas le droit de dépasser cette limite et d'exiger par exemple, si la personne qui demande la nullité est connue pour son grand courage, que les menaces ou que les mauvais traitements aient présenté une gravité tout exceptionnelle. Mais, s'il n'est jamais nécessaire que la violence dépasse le degré fixé par le législateur, d'autre part, il n'est point indispensable qu'elle l'atteigne, et le juge peut descendre plus ou moins au-dessous du maximum légal pour des considérations toutes personnelles à la partie qui a contracté sous l'empire de la crainte [3]. Cette explication est sans doute très

sorte de violences et de mauvaises voies, qu'il faut juger de l'égard qu'on doit avoir à la crainte où s'est trouvé celui qui se plaint, et à l'impression qu'elle a pu faire sur sa raison et sa liberté ». *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, titre XVIII, sect. II (édit. Rémy, I, p. 391 *in fine*). — Le C. fédér. des obligations, reproduisant les expressions traditionnelles, indique beaucoup mieux que le législateur français le caractère purement relatif de la violence : « La crainte, dit-il, est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, *d'après les circonstances*, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même ou un de ses proches... » Art. 27, al. 1er.

(1) C'est ce que Domat faisait encore observer avec beaucoup de raison : « ... Il est juste de protéger aussi les plus faibles et les plus timides, et c'est même pour eux principalement que les lois punissent toute sorte de voie de fait et d'oppression ». Même sect., préambule, al. 5 (édit. Rémy, I, p. 388 *in fine*).

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 301, note 16, et 5e édit., p. 501, note 16; Demolombe, XXIV, n. 136; Laurent, XV, n. 514; Huc, VII, p. 48, n. 31; Planiol, II, 1re édit., n. 1114-1°, al. 2, 2e et 3e édit., n. 1072-1°, al. 2.

(3) V. n. 22 *bis*-I. — *Adde* Bufnoir, *op. cit.*, p. 606 *in fine*. — Cpr. Vigié, II, n. 1166 *in fine*. — *Contra* Demolombe, XXIV, n. 137.

ingénieuse; mais il est fort douteux qu'elle se soit présentée à l'esprit des rédacteurs de la loi. L'incohérence qui existe dans la formule de l'art. 1112, s'explique, à notre avis, par cette circonstance qu'ils ont rapproché deux passages de Pothier, en supprimant, par inadvertance, la transition qui amenait le second de ces passages. Pothier, dans le n. 25 de son *Traité des obligations*, rappelle d'abord la règle du droit romain d'après laquelle la violence devait « être capable de faire impression sur une personne courageuse », et, à la fin du même numéro, il ajoute : « Tous ces principes du droit romain sont très justes et pris dans le droit naturel, sauf que celui qui ne connaît d'autre crainte suffisante pour faire pécher un contrat par défaut de liberté, que celle qui est capable de faire impression sur l'homme le plus courageux, est trop rigide et ne doit pas être parmi nous suivi à la lettre; mais on doit, en cette matière, avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes; et telle crainte qui ne serait pas jugée suffisante pour avoir intimidé l'esprit d'un homme d'un âge mûr et d'un militaire, et pour faire, en conséquence, rescinder le contrat qu'il aurait fait, peut être jugée suffisante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard » (1). Les rédacteurs du Code ont reproduit, d'après Pothier, la règle romaine en substituant toutefois le mot *raisonnable* au mot *courageux ;* puis ils ont immédiatement ajouté: « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Ils n'ont pas pris garde qu'ils associaient ainsi deux systèmes entre lesquels Pothier établissait une opposition; mais cette inadvertance ne peut rendre leur intention douteuse, la seconde proposition annulant la première (2).

75. La loi aurait pu s'en tenir là. Elle ajoute, et ce n'est sans doute qu'un développement de l'idée qui précède, que, pour que la violence soit une cause de nullité, il faut qu'elle inspire à celui contre qui elle est exercée « la crainte d'exposer sa » personne ou sa fortune à un mal considérable et *présent* ». Les jurisconsultes romains exigeaient également qu'il s'agît

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 25, dern. al. (édit. Dupin, I, p. 19).
(2) Marcadé, IV, n. 411 *in fine*.

d'un mal considérable (1). Mais la question de savoir si le mal a ce caractère est, elle aussi, toute relative. En tant que le législateur parle d'un mal *présent*, il est douteux que sa formule traduise exactement sa pensée. Ce qui doit être présent, ce n'est pas précisément le mal que contient la menace ; mais bien la crainte inspirée par elle. Cette interprétation a pour elle la loi romaine (2). Ainsi, la menace qui m'est faite d'incendier ma maison, n'étant pas susceptible, par sa nature même, d'être réalisée immédiatement, ne m'inspirera pas la crainte d'un *mal présent*, mais elle pourra m'inspirer une *crainte présente* d'un mal considérable, et il n'est pas douteux qu'elle puisse entraîner l'annulation du consentement qu'elle a servi à m'extorquer et du contrat auquel il sert de base. Peut-être aussi la loi a-t-elle voulu dire que le mal dont on est menacé doit être un mal de nature à se réaliser immédiatement ou dans un avenir prochain : il paraîtrait difficile en effet de considérer comme une cause de nullité du consentement la menace d'un mal qui ne serait de nature à se réaliser que dans un avenir très éloigné. L'expression *mal imminent* aurait mieux rendu cette pensée (3).

76. Quand la loi vise l'hypothèse où l'individu violenté cède à « la crainte d'exposer sa *personne* », elle ne fait pas simplement allusion, par cette dernière expression, à l'être physique. Ainsi la convention serait annulable si la victime de la violence s'obligeait, pour échapper à un mal qui la menacerait

(1) L. 5, D., *Quod metus causa*, IV, 2 : « *Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed majoris malitatis* » (Ulpien).

(2) L. 7, D, *Quod metus causa : « Metum præsentem non suspicionem inferendi ejus »* (Ulpien). — En employant le mot *présent*, le législateur a entendu rendre l'idée de Pothier. « Il faut surtout, dit le tribun Favart, que ce mal soit présent, c'est-à-dire que la personne ait été menacée de l'endurer sur-le champ, si elle ne faisait pas ce qu'on lui proposait ». Fenet, XIII, p. 314 ; Locré, XII, p. 424, n. 1. Comme explication du terme *présent*, Favart reproduit littéralement la formule de Pothier. V. cet auteur *Oblig.*, n. 25 (édit. Dupin, I, p. 18).

(3) Toullier, VI, n. 79 ; Duranton, X, n. 251 ; Marcadé, IV, 412 ; Larombière, I, p. 70 (art. 1112, n. 7) ; Colmet de Santerre, V, n. 22 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 299, texte et note 11, 5e édit., p. 497, texte et note 11 ; Demolombe, XXIV, n. 139 ; Huc, VII, n. 31, p. 47 ; Vigié, II, n. 1167, p. 528 ; Thiry, II, n. 578, p. 564 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 607 ; Planiol, II, 1re édit, n. 1115, 2e et 3e édit., n. 1073. — *Sic* C. civ. arg., art. 957 ; C. civ. esp., art. 1267, al. 2 ; C. féd. des oblig., art. 27, al. 1er.

dans son honneur, dans sa considération ou dans son crédit, par exemple pour éviter la calomnie, la diffamation (1) ou sous la menace d'une faillite imminente (2). Telle est la disposition expresse de plusieurs législations étrangères (3). Mais, bien que le code civil français ne s'explique pas formellement sur ce point, il faut certainement, sous son empire, donner la même solution (4).

77. Pour qu'un contrat soit susceptible d'être annulé en vertu de la cause qui nous occupe, il faut que le consentement de l'une des parties ait été *extorqué par violence* (art. 1109), c'est à-dire qu'il soit le fruit d'une violence exercée en vue de l'obtenir, et non le résultat accidentel d'une violence exercée pour atteindre un but tout différent (5). Ainsi des assassins se précipitent sur moi; j'appelle au secours; un passant répond à mon appel, et je lui promets 20.000 fr. s'il me délivre; le passant accepte, et, au péril de sa propre vie, il met les assassins en fuite. Je ne pourrai pas faire annuler mon engagement pour cause de violence, car la violence n'a été que l'occasion de mon engagement (6).

A plus forte raison en est-il de même si j'ai promis une somme à une personne pour la décider à me secourir ou à secourir un des miens en cas d'incendie, d'inondation ou de naufrage. En supposant qu'elle réussisse dans le sauvetage,

(1) V. cep. Trib. Bruxelles, 22 juil. 1891, *Pasicr.*, 91. 3. 354.

(2) Douai, 5 juil. 1894, joint à Civ. cass., 26 juil. 1897, D. P., 1901. 1. 28.

(3) C. civ. portug., art. 666, § unique. — C. civ. arg., art. 937. — C. féd. des oblig., art. 27, al. 1er. — C. civ. mexicain, art. 1299.

(4) Demolombe, XXIV, n. 140; Huc, VII, n. 31; Bufnoir, *op. cit.*, p. 607.

(5) Le droit allemand est conforme. V. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 59-60.

(6) Cette solution se trouve déjà dans le droit romain : « *Eleganter tamen Pomponius ait : si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi : ceterum, si alienus sum a vi, teneri me non debere : ego enim operæ potius meæ mercedem accepisse videor* ». L. 9, § 1 *in fine*, D., *Quod metus causa*, IV, 2. — Pothier, après Pufendorff, a reproduit l'exception formulée dans ce texte, *Oblig.*, n. 24. — Tous les auteurs modernes ont suivi son exemple : V. Toullier, VI, n. 85; Duranton, X, n. 149; Marcadé, IV, n. 415; Colmet de Santerre, V, n. 20 *bis*; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 501, note 16 *bis*, Demolombe, XXIV, n. 150; Laurent, XV, n. 519; Huc, VII, n. 30; Thiry, II, n. 582; Bufnoir, *op. cit.*, p. 608.

je dois tenir ma promesse. Je l'ai faite sans doute sous la pression d'une force insurmontable pour moi; mais c'était une force naturelle et inconsciente, et, par conséquent, à proprement parler, il n'y a pas violence au point de vue juridique (1).

Pothier, après avoir donné cette solution pour le cas où quelqu'un promet une somme afin qu'on le délivre de la violence exercée par un tiers, ajoute : « Néanmoins, si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu » (2). Cette restric-

(1) Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, même n. *in fine*. — *Adde* Colmet de Santerre, Laurent et Huc, *loc. cit.*; Vigié, II, n. 1170. — D'après ce qui vient d'être dit, il est difficile d'approuver un arrêt de la chambre des requêtes, du 27 avril 1887, rendu dans l'espèce suivante. Un navire échoue par gros temps, non loin du port; il va périr corps et biens; le capitaine fait des signaux de détresse; un remorqueur répond à son appel, au prix des plus grands périls; mais le patron se montre exigeant pour les conditions du renflouement : il demande un prix exorbitant, que le capitaine du navire échoué s'engage à payer, comprenant que, s'il n'accepte pas, son navire sera fatalement submergé et perdu à la prochaine marée. La cour de cassation a jugé que cet engagement était nul pour cause de violence et qu'il y avait lieu seulement d'allouer au remorqueur la juste rémunération du service rendu, S., 87. 1. 372, D. P., 88. 1. 263. La décision nous paraît sujette à critique. Y avait-il dans l'espèce, ainsi que l'exige l'art. 1109, un consentement *extorqué par la violence*? D'abord la formule légale donne très clairement à entendre que la violence doit être l'œuvre d'une personne qui l'exerce en vue d'obtenir le consentement, et ce n'était pas le cas. La crainte avait été causée par l'échouement, et non par le capitaine du remorqueur. De plus, il n'y avait même pas eu violence, car la force des éléments ne constitue pas une violence au sens légal du mot. Malheureusement l'arrêt que nous venons de critiquer a fait jurisprudence, et c'est d'autant plus grave que des espèces analogues peuvent se présenter très souvent. — V. Trib. com. Marseille, 19 nov. 1891, *Rec. de Marseille*, 92. 1. 52. — Aix, 19 avril 1893, *Gaz. Pal.*, 93, 2e sem., 2e part., p. 15. — Rennes, 13 fév. 1894, *Rec. de Nantes*, 94. 1. 112. — Toutefois le tribunal de commerce de Marseille a estimé que le capitaine d'un navire échoué en plein jour sur un banc de sable ou de vase, par une mer houleuse, mais non démontée, pouvant, au moyen de sémaphores côtiers, communiquer avec un grand port de commerce et y demander du secours, ne doit pas être considéré comme exposé à un péril si pressant qu'on puisse y trouver les éléments d'une violence morale. Le tribunal a, en conséquence, refusé d'annuler pour vice de consentement l'accord intervenu entre ce capitaine et celui auquel il avait promis une somme déterminée pour obtenir qu'il remît son navire à flot, 21 juil. 1891, *Rec. de Mars*, 91. 1. 246. — M. Planiol approuve l'arrêt du 27 avril 1887, précité. V. t. II, 1re édit., n. 1118, p. 335, texte et note 2, 2e édit., n. 1076, p. 334, texte et note 2, 3e édit., n. 1076, p. 362, texte et note 2.

(2) Pothier, *loc. cit.* — Même sous l'empire du Code, quelques auteurs se sont rangés à l'opinion de Pothier. V. Duranton, *loc. cit.*, et Duvergier sur Toullier, *III*, n. 85, note *a*.

tion est fort équitable ; mais, dans le silence de notre loi [1], il paraît difficile de l'admettre, car elle est contraire au droit strict. Elle supposerait un rescision de l'obligation pour cause de lésion. Or, c'est seulement par exception et exclusivement dans les cas indiqués par le législateur que la lésion peut motiver la rescision des engagements. Art. 1118. Il y aurait seulement à examiner en fait si le trouble causé par la frayeur n'a pas été jusqu'à faire perdre l'usage de la raison à celui qui a fait la promesse, auquel cas l'obligation serait inexistante pour défaut de consentement [2].

78. Mais, si les juges décident qu'il en a été ainsi, quelle va être la situation de celui qui, au prix de bien des efforts, peut-être en s'exposant à la mort, a sauvé le promettant ou, plus généralement, la personne en péril ? A défaut d'exécution de la promesse, pourra-t-il, du moins, comme l'enseignent plusieurs auteurs [3], demander le prix de son service par une action de gestion d'affaire ? L'affirmative nous paraît inadmissible. Dans le cas d'une gestion d'affaire, le maître est seulement tenu de rembourser au gérant toutes ses dépenses nécessaires ou utiles ; mais il ne lui doit pas de salaire. Or, ici, il s'agirait pour le promettant de payer un véritable salaire.

Faut-il en conclure, avec Colmet de Santerre, que l'auteur du sauvetage qui s'est dévoué sur la foi de la promesse est dans la même situation que s'il s'était dévoué spontanément ? En d'autres termes, faut-il dire qu'il ne peut faire valoir absolument aucun droit à l'encontre du promettant ? Demolombe déclare qu'il lui en coûterait beaucoup d'adopter cette conclusion, et d'ailleurs, d'après lui, on peut y échapper. A son avis, les juges, tout en prononçant la nullité de la convention, apprécieront les conséquences qui doivent résulter équitablement de l'exécution que cette convention, nulle en droit, a reçue en fait. Et Demolombe, pour éclaircir sa pensée, rapproche de notre hypothèse celle où une personne

(1) V. Saleilles, *op.* et *loc. cit.*

(2) Marcadé, Toullier, Colmet de Santerre, Laurent, Thiry et Huc, *loc. cit.* ; Demolombe, XXIV, n. 151.

(3) Dans ce sens, v. Marcadé, *loc. cit.* ; Mourlon, *Répét. écrites*, II, n. 1054 *in fine*.

commande un tableau à un peintre qu'elle prend pour un autre : sans doute, cette personne pourra faire annuler la convention pour cause d'erreur, mais elle sera tenue, en vertu de l'art. 1382, à payer au peintre le salaire de son travail. « Pourquoi, demande le célèbre professeur, la même solution ne serait-elle pas applicable dans notre hypothèse » (1)? Nous n'admettons pas, on le sait, que, dans le cas cité par Demolombe à titre de comparaison, le droit à des dommages-intérêts soit fondé sur l'art. 1382. Nous avons dit qu'il trouvait son explication dans la théorie de la *culpa in contrahendo* (2). Mais, en supposant que le point de vue auquel se place Demolombe fût exact, il n'en serait pas moins vrai que la situation serait toute différente dans notre hypothèse : comment pourrait-on soutenir qu'une personne en état de démence a commis une faute ?

D'autre part, nous ne croyons pas que la théorie de la *culpa in contrahendo* puisse s'appliquer ici : elle suppose que toute personne qui propose un contrat s'engage par là même à répondre envers celui à qui elle s'adresse de la faute qu'elle commettrait au sujet de la formation de ce contrat. Mais, dans notre cas, ce pacte est aussi impossible que le contrat lui-même, puisque, par hypothèse, il y a du côté du promettant défaut de consentement.

En résumé, nous ne voyons pas comment on peut, sur le terrain des principes, justifier ici un droit à un salaire.

79. Nous venons d'établir qu'il ne suffit pas, pour faire annuler une convention, que la violence ait été l'occasion de l'engagement de l'une des parties. A plus forte raison ne suffit-il pas, pour l'invalidation d'un contrat, qu'on puisse le rattacher à une scène violente, alors que préparé, antérieurement consenti, déjà même exécuté pour partie et pourvu d'une cause sérieuse et légitime, il n'a pas de relation directe et nécessaire avec les excès commis par l'un des contractants (3).

(1) *Loc. cit.* — Dans le même sens, Bufnoir, *op. cit.*, p. 608 *in fine*.

(2) V. *supra*, n. 68.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 300, 5e édit., p. 500; Larombière, I, p. 68 (art. 1111-1114, n. 3); Demolombe, XXIV, n. 145. — Dijon, 24 mai 1865, S., 66. 2. 64, D., *Suppl. au Rép. méth.*, v° *Oblig.*, n. 58.

80. La violence ne constitue un vice du consentement que si elle est injuste [1]. Pothier exigeait formellement cette condition [2]. Si le Code ne la mentionne pas, c'est qu'une disposition expresse à cet égard était inutile. Quand l'art. 1109 parle d'un consentement *extorqué* par la violence, il suppose évidemment une violence illégitime [3].

Il résulte de ce principe que la menace de recourir à l'exercice d'une voie légale, notamment d'une voie d'exécution soit sur la personne, soit sur les biens, ne vicie pas par elle-même le consentement donné sous la pression de cette menace [4]. Ainsi il n'y aurait pas lieu d'annuler l'hypothèque qu'un créancier se serait fait consentir par son débiteur en le menaçant de le poursuivre et de le faire exproprier. En agissant ainsi, le créancier ne fait qu'user de son droit; il pourrait faire exproprier son débiteur; à plus forte raison peut-il l'en menacer pour obtenir une sûreté [5]. Il faudrait se prononcer de même dans le cas où un créancier hypothécaire, pour se couvrir du montant de sa créance, menacerait son débiteur d'employer les voies légales d'exécution, si ce dernier ne vendait pas ses immeubles à un tiers indiqué par le créancier [6].

D'ailleurs, pas plus l'usage des voies de droit que la menace d'y recourir, par exemple l'exercice régulier d'une action en justice, ne peut, en principe, entraîner la nullité des conventions faites sous son influence [7].

(1) L. 3, § 1, D., *Quod metus causa*, IV, 2; L. 155, D., *De reg. juris*, L. 17.

(2) *Oblig.*, n. 26 (édit. Dupin, I, p. 19).

(3) Cpr. Laurent, XV, n. 515.

(4) Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 556, § 614, note 1, et p. 557, note 7; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 299, 5e édit., p. 499; Larombière, I, p. 71 (art. 1111 à 1114, n. 10); Vigié, II, n. 1168; Huc, VII, n. 29; Bufnoir, *op. cit.*, p. 607; Planiol, II, 1re édit., n. 1116-2°, 2e et 3e édit., n. 1074-2°. — Civ. rej. (sur ce moyen), 25 fév. 1879, S., 79. 1. 273, D. P., 79. 1. 158. — Trib. civ. Seine, 25 août 1881, *Gaz. Pal.*, 82. 1. 166; 5 juin 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 344. — Paris, 1er déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 15. — V. aussi les décisions citées *infra*, n. 83. — L. 155, § 1, D., *De reg. juris*, L. 17 : « *Non videtur vim facere qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur* ». — V. aussi Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 57.

(5) Arrêt précité du 25 fév. 1879.

(6) Liège, 8 avril 1865, *Pasicr.*, 65. 2. 168.

(7) Demolombe, XXIV, n. 146; Laurent, Planiol, *loc. cit.* — Req., 19 fév. 1879, S., 80. 1. 62, D. P., 79. 1. 445.

Même sous le régime de la contrainte par corps en matière civile, ces solutions étaient considérées comme ne faisant pas difficulté. Cette contrainte, quelque rigoureuse qu'elle fût, ne pouvait constituer une violence, ou, dans tous les cas, une violence injuste, puisque sa légitimité était reconnue par la loi [1].

81. Il faut toutefois, pour que ces principes soient applicables, que l'emploi des voies légales ou la menace de les employer n'ait pas un caractère abusif [2]. Cette question doit être résolue d'après les circonstances [3]. Ainsi il y a violence, dans le sens de la loi, si un créancier obtient de son débiteur un engagement étranger à la dette ou un accroissement de dette en lui troublant l'esprit et en forçant son consentement par le tableau exagéré des conséquences que doit avoir pour sa fortune ou pour sa personne l'usage de ces voies. A plus forte raison, faut-il considérer comme viciée par la violence la transaction imposée à un capitaine de navire au moyen d'une action intentée sans cause contre lui en vue de le faire condamner à des dommages-intérêts auxquels le demandeur n'a aucun droit, et qui a eu pour effet de mettre l'embargo sur son navire la veille même du jour où il devait partir. En effet, la volonté du capitaine n'a pas été libre, car il ne pouvait échapper aux exigences du demandeur qu'en

(1) Pothier, *loc. cit.*; Toullier, VI, n. 81; Duranton, X, n. 143; Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, sect. IV. — Paris, 9 prairial an XII, et 12 fév. 1806, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 182. — Douai, 11 juil. 1835, S., 36. 2. 224, D., *loc. cit.*

(2) Duranton, X, n. 144 et 145; Larombière, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, V, n. 22 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 299, 5e édit., p. 499; Demolombe, XXIV, n. 147 et 148; Laurent, XV, n. 516; Huc, VII, n. 29 *in fine*; Planiol, ne précité, dern. al. — *Adde* Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 58. — V. les arrêts cités aux notes suivantes. — Cpr. Vigié, II, n. 1168 *in fine*. — La règle et l'exception que nous venons de formuler ont été consacrées en termes formels par le Code fédéral des obligations : « La crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que lorsqu'on a abusé de la situation critique de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ». Art. 27, al. 2.

(3) Le simple fait que l'engagement est lésionnaire pour le débiteur est un des éléments auxquels les tribunaux peuvent avoir égard pour déclarer le contrat nul pour cause de violence, mais il n'implique pas nécessairement l'existence de ce vice de consentement. De même cette circonstance que le créancier a proposé la convention dont il s'agit peut avec raison avoir de l'importance aux yeux des juges, mais, elle non plus, ne suffit pas pour établir que le débiteur a été violenté.

subissant un préjudice immense, et il n'a, par suite, consenti que sous la pression d'une impérieuse nécessité [1].

A vrai dire, dans tous les cas de ce genre, la voie de droit, détournée de son but, devient une voie de fait, et, par conséquent, les cas dont nous parlons ne renferment pas des exceptions à la règle qui précède. C'est pourquoi Pothier a dit d'une façon absolue que « les voies de droit ne peuvent *jamais* passer pour une violence injuste ». Il ne faut pas conclure de cette proposition, comme le font certains auteurs [2], que le grand jurisconsulte n'a pas admis qu'il y eût vice du consentement quand le créancier abuse d'une voie de droit. La vérité, c'est qu'alors, puisqu'il y a voie de fait, on n'est pas dans l'hypothèse prévue par Pothier [3].

82. Le principe et l'exception que nous venons de formuler s'appliquent notamment quand des engagements ont été obtenus par la menace du dépôt d'une plainte au parquet ou d'une dénonciation pour crime ou délit. Abstraction faite des circonstances, ce dépôt ou cette dénonciation n'est que l'usage d'une voie légale. Il en résulte qu'en principe la menace d'y recourir est certainement légitime, lorsqu'elle est faite par la victime du crime ou du délit en vue d'obtenir la réparation du préjudice que ce fait lui a causé [4]. Mais, comme cette menace est susceptible d'impressionner vivement et même de terroriser celui à qui elle s'adresse, il peut arriver fréquemment qu'elle dégénère en instrument de chantage, même de la part de la victime du crime ou du délit. Il ne faut donc

(1) Req., 19 fév. 1879, précité.

(2) Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

(3) V. sur la théorie de l'*abus du droit* notre tome IV, n. 2855.

(4) Si le coupable, après avoir indemnisé la victime du préjudice causé par le fait délictueux, contracte envers elle un engagement comme prix de la promesse de l'impunité, cette convention doit être déclarée inexistante comme ayant une cause illicite. Il n'est pas permis, en effet, de transiger sur un intérêt public, et par conséquent, sur des poursuites criminelles. Laurent, XV, n. 517. — Cpr. Bordeaux, 20 fév. 1839, S., 39. 2. 462, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 171. — On voit par là que presque toujours, lorsque l'engagement obtenu par la menace d'une dénonciation pour crime ou délit a été pris envers une personne autre que la victime, il ne peut, à raison du caractère illicite de sa cause, avoir aucun effet, car le prétendu créancier n'avait droit à aucune réparation, et, par conséquent, l'obligation ne peut être que le résultat d'une transaction interdite.

pas dire d'une façon absolue qu'un engagement est toujours valable lorsque cette menace a servi à l'obtenir [1].

83. De la combinaison de ces deux idées, la jurisprudence a déduit avec raison les décisions suivantes :

La menace d'une poursuite correctionnelle, notamment une plainte portée au parquet, ne constitue pas une violence injuste, et, en conséquence, ne saurait faire annuler le contrat conclu sous son empire, alors qu'elle n'est pas accompagnée de circonstances qui aggravent le caractère de cette plainte, par exemple de manœuvres destinées à en exagérer la portée et à troubler l'esprit de celui qui s'engage. Ce dernier peut, d'ailleurs, se défendre devant les juges ; sa liberté demeure entière ; la plainte émanant de l'autre partie le place sous la protection de la juridiction qui doit en connaître [2].

De même les tribunaux ne peuvent pas annuler comme entachée de violence l'obligation souscrite par une personne qui, dans la crainte de se voir exposée à des poursuites pour recel de marchandises détournées d'une faillite, s'est engagée à payer le prix de ces marchandises, ainsi, d'ailleurs, qu'elle pouvait y être contrainte légalement [3].

La circonstance qu'au moment où une personne consent une transaction, elle est, sur la plainte même de l'autre partie, poursuivie par le ministère public du chef de prétendus faux commis dans les actes mêmes sur lesquels porte la transaction, ne suffit pas pour rendre celle-ci nulle comme viciée par la violence [4].

Mais si, en principe, une poursuite criminelle n'est pas une violence dans le sens de l'art. 1112 et ne saurait, par suite, invalider la transaction acceptée sous son influence, il en est autrement lorsque, par des combinaisons artificieuses, l'action

(1) Demolombe, XXIV, n. 149 ; Larombière, I, p. 74 (n. 1111-1114, n. 11) ; Laurent, XV, n. 517.

(2) Paris, 27 juin 1881, S., 81. 2. 243, D. *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 53. — Trib. civ. Seine, 25 août 1881, précité ; 7 août 1890, *Pand. fr.*, 90. 2 269. — Trib. com. Saint-Etienne, 24 janv. 1894, *Gaz. Pal.*, 1894. 1. 299. — Trib. civ. de Bordeaux, 20 avril 1896, *Gaz. Pal.*, 96 1. *suppl.*, p. 41. — Caen, 17 juillet 1899, *Rec. de Caen*, 1899. 2. 136.

(3) Paris, 5 août 1853, D. P., 55. 2. 317.

(4) Bruxelles, 14 juin 1828, D., *op. v° cit.*, n. 174.

publique, ainsi mise en mouvement, est devenue, à l'insu des magistrats, un moyen d'intimidation dirigé contre l'inculpé : « Nulle violence, dit la cour suprême, n'est plus capable d'intimider l'esprit le plus ferme ;.... nulle aussi ne mérite davantage d'être sévèrement appréciée que celle qui, en trompant le juge, parvient à faire servir à ses mauvais desseins l'autorité instituée pour protéger les intérêts de tous » (1).

Il faut, d'ailleurs, en dire autant de la simple menace d'une pareille poursuite, lorsqu'il a été fait de cette menace le même abus.

Ainsi l'engagement pris par un employé envers son patron de ne pas travailler pendant un certain temps dans des maisons de commerce similaires est nul comme entachée de violence, quand le patron ne l'a obtenu qu'en menaçant l'employé de déposer une plainte à raison de détournements par lui commis, et que ce dernier s'est obligé sous l'influence de la très vive émotion causée par cette menace (2).

Ainsi encore, la menace, par le directeur d'une compagnie d'assurances contre l'incendie, de provoquer, au moyen d'une enquête, si l'assuré ne renonce pas à l'indemnité, une poursuite criminelle contre le père de ce dernier, qu'il désigne par ses insinuations comme l'auteur volontaire du sinistre, présente les caractères d'une violence morale invalidant la renonciation ainsi obtenue. L'assuré, en effet, a bien subi la crainte d'un mal considérable et présent, non pas, il est vrai, pour sa personne, mais, ce qui était plus grave, pour son père, contre lequel il devait supposer, à raison des insinuations du directeur, qu'il existait des charges (3).

De même les juges peuvent relever les caractères de la violence morale, susceptible de vicier le consentement, dans la menace d'une poursuite correctionnelle pour adultère, faite par un mari à sa femme, quand ils constatent que la plainte portée par le mari avait été, dans l'espèce, employée

(1) Req., 17 août 1865, S., 65. 2. 399. — Trib. civ. Lisieux, 5 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 599.

(2) Paris, 31 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 398.

(3) Rouen, 15 juil. 1881, S., 81. 2. 243, D. *Suppl.* au *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 56.

par lui comme un moyen d'intimidation en vue d'extorquer à sa femme la quittance fictive d'une partie de ses reprises [1].

84. La question est surtout délicate quand un individu s'oblige au moment où il vient d'être surpris en flagrant délit. Il est généralement alors en proie à la frayeur, à la terreur, et, bien évidemment, sa volonté est loin d'être libre. Dans ces conditions, le consentement sera certainement vicié par la violence, si le créancier a tendu un guet-apens au débiteur afin de le prendre sur le fait et d'abuser de l'égarement de son esprit, où même simplement s'il s'est appliqué à faire naître chez le coupable une idée exagérée de la gravité de la situation pour lui arracher un engagement excessif. Cependant, même dans le cas de flagrant délit, l'obligation contractée par le délinquant n'est pas nécessairement annulable [2]. Elle est certainement valable toutes les fois que le créancier s'est borné à profiter de la situation pour obtenir un engagement à titre de dommages-intérêts, et le délinquant objecterait vainement qu'il n'aurait point accordé cette réparation s'il n'avait pas été sous le coup d'une émotion exceptionnelle) [3].

85. Si, comme nous venons de l'établir, l'usage des voies légales ne peut pas être assimilé à la violence, telle qu'elle est comprise dans l'art. **1112**, à plus forte raison en est-il de même de la contrainte qui résulte directement d'une loi et qui s'adresse à tous les citoyens. Ainsi un créancier ne saurait faire annuler, comme entachée de violence, l'acceptation qu'il a faite d'un mode de libération qui lui était imposé par une loi [4]. Spécialement celui qui, dans la crainte d'encourir une pénalité, donne quittance pour un remboursement fait en papier-monnaie à une époque où ce papier a cours forcé, n'est

(1) Req., 6 fév. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 728, D. P., 1903. 1. 301. — V. aussi Douai, 28 juin 1811, D., *op.* et v° *cit.*, n. 175. — Paris, 31 janv. 1896. Tib. civ. Lizieux, 5 juin 1901, précités.

(2) *Contra* Duranton, X, n. 144.

(3) Larombière, Demolombe et Laurent, *loc. cit.* — Caen, 9 avril 1853, S., 54. 2. 30, D. P., 54. 2. 189.

(4) Trib. civ. Seine, 29 nov. 1882, *Gaz. Pal.*, 83. 1. 110.

pas admis à demander l'annulation de ce remboursement pour cause de violence [1].

86. Il résulte de nos explications qu'on ne saurait voir une violence dans la simple crainte révérentielle. On désigne par cette expression la crainte que nous avons de déplaire à des personnes qui nous inspirent d'impérieux sentiments de respect, de condescendance, de reconnaissance ou de soumission. Elle ne vicie pas par elle-même le consentement donné sous son empire. C'est ce que dit l'art. 1114 : « *La crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* ». Le motif de cette disposition, c'est que la crainte révérentielle ne procède pas de la violence, mais de sentiments qui, en règle très générale du moins, méritent d'être encouragés. Le fait d'inspirer ces sentiments et même celui d'en profiter ne présentent aucun des caractères de la violence telle que nous l'avons définie, et, en conséquence, le législateur n'eût-il pas écrit l'art. 1114, les juges n'en devraient pas moins se conformer à la règle qui s'y trouve consignée [2].

Il ne faut pas dire sans doute que la crainte révérentielle n'apporte pas une certaine entrave à la liberté du consentement. On peut avoir pour son ascendant une vénération telle qu'on soit moralement hors d'état de refuser le consentement qu'il vous demande. N'importe ! même alors, le consentement n'est pas *extorqué ;* il n'y a donc pas de violence dans le sens légal du mot : « Ainsi, disait Domat, le fils qui, par l'induction de son père, s'est engagé pour lui, ne peut pas se plaindre que le respect qu'il a eu pour l'autorité paternelle l'ait engagé *par force* » [3].

Il peut arriver qu'une personne, pour faire souscrire par son descendant un engagement contraire à ses intérêts, exploite les sentiments que celui-ci a pour elle. Dans ce cas

[1] Req., 29 messidor an XI, S. chr., I, 1, 834, col. 3 *in fine*, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 182-1°.

[2] Cela est si vrai que, dans les pays dont la législation ne renferme pas une disposition analogue à celle de notre art. 1114, la solution écrite dans ce texte n'en est pas moins admise. V. par exemple sur le C. féd. des oblig., Virgile Rossel, *op. cit.*, p. 67.

[3] *Lois civiles*, 1re partie, tit. XVIII, sect. 2, n. 9 (édit. Rémy, I, p. 394).

elle commettra une indélicatesse ; mais l'appréciation de ce fait ne relève que du for de la conscience.

Il est indifférent d'ailleurs, que l'ascendant soit partie au contrat auquel le descendant n'a consenti que sous l'empire de la crainte révérentielle, ou même que le contrat procure à l'ascendant un avantage considérable. L'intérêt personnel qu'a l'ascendant à ce que le consentement soit donné peut aggraver l'indélicatesse, mais ne change pas la nature de la crainte dont il abuse.

On comprend d'autant plus la disposition de l'art. 1114 que, si la loi avait fait de la crainte révérentielle une cause de nullité du consentement, elle eût pour ainsi dire interdit par là toute convention contre ascendants et descendants (1).

87. L'art. 1114 ne mentionne que le père, la mère ou autre ascendant. Mais il est évidemment applicable dans tous les cas où celui qui obtient le consentement a de l'autorité sur celui qui le donne. Pothier, laissant à la règle toute sa portée naturelle, disait : « La crainte de déplaire à un père, à une mère » *ou autres personnes à qui l'on doit des égards,* n'est pas non » plus une crainte qui rende vicieux le contrat par l'impression de cette espèce de crainte » (2). Domat employait une formule tout aussi compréhensive (3). La raison de décider est, en effet, toujours la même. Cette circonstance que la crainte révérentielle est inspirée par une personne autre qu'un ascendant ne peut pas faire que cette crainte présente les caractères de la violence (4). Si le législateur ne désigne que

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 224 ; Locré, XII, p. 320 n. 12.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 27 (édit. Dupin, I, p. 19).

(3) « Ainsi le conseil et l'autorité des *personnes dont le respect engage à quelque condescendance,* comme d'un père, d'un magistrat *ou d'autres personnes qui sont dans quelque dignité,* et qui s'intéressent à exhorter et engager à quelque convention, sans violence, sans menaces, sont des motifs dont l'impression n'a rien de contraire à la liberté, et ne donne pas d'atteinte aux conventions », *loc. cit.* — La jurisprudence de nos anciens parlements était conforme. V. Demolombe, XXIV, n. 155.

(4) Aussi le législateur italien n'a-t-il reproduit la disposition de notre art. 1114 qu'en lui donnant une portée générale par la suppression des mots « envers le père, la mère ou autre ascendant ». — V. C. civ. ital., art. 1114. — De même les auteurs du Code civil espagnol ont élargi ainsi la formule : « La crainte de déplaire

le père, la mère et les autres ascendants, c'est uniquement parce qu'il s'est borné à prévoir le cas le plus ordinaire (1). Ainsi ne serait pas entaché de violence le consentement donné par une personne pour ne pas mécontenter son bienfaiteur, par un religieux pour ne pas indisposer ses supérieurs, ou par un domestique pour ne pas s'attirer la rancune de son maître.

88. Mais, si la simple crainte révérentielle ne peut pas, à elle seule, invalider le consentement, la convention est, au contraire, annulable si, à cette crainte, viennent se joindre des menaces ou desvoies de fait : « La *seule* crainte révérentielle... », dit le législateur. Et il prend même le soin d'ajouter ; « *sans qu'il y ait eu de violence exercée* ». Lorsque la crainte révérentielle accompagne la violence, bien loin de pouvoir lui servir d'excuse, elle est une circonstance aggravante, et le juge est alors, en conséquence, autorisé à se montrer moins exigeant en ce qui concerne les actes ou les menaces constitutifs de la violence (2). Tel était l'avis de Pothier, lorsque, après avoir posé le principe, il ajoutait : « Mais, si celui qui a une personne sous sa puissance, avait employé les mauvais traitements ou les menaces pour la forcer à contracter, le contrat pourrait, *selon les circonstances,* être sujet à rescision » (3). Par ces expressions « selon les circonstances », Pothier indique bien qu'ici le juge peut admettre avec

aux personnes auxquelles on doit soumission et respect n'annulera pas le contrat ». Art. 1267, al. 4. — V. C. civ. mexicain, art. 1300; C. civ. Rép. Arg., art. 940.

(1) Tous les auteurs se prononcent dans ce sens. V. notamment Duranton, X, n. 155 et 156 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 301, 5e édit., p. 502 ; Larombière, I, p. 77 (art. 1111-1114, n. 14) ; Demolombe, XXIV, n. 154-155 ; Laurent, XV, n. 514, p. 590. — Cpr. Virgile Rossel, *loc. cit.*

(2) *Sic* Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, Laurent, *loc. cit.* — D'après le principe posé ci-dessus, une décision judiciaire a pu annuler un contrat consenti par une jeune fille enceinte, sous l'empire de la menace que sa mère lui avait faite, après l'avoir enfermée dans une chambre, de l'abandonner seule pendant les douleurs de l'enfantement. — Bruxelles, 22 août 1808, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 188. — Il a été également décidé que la crainte révérentielle a pour effet d'invalider une obligation lorsque le descendant qui a souscrit celle-ci était sous la dépendance absolue de son ascendant et sans ressources, et qu'il se trouvait, par suite, en réalité, contraint de s'obliger. — Trib. civ. d'Albi, 18 juil. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 536.

(3) Pothier, *loc. cit.*

plus de facilité que dans les autres cas l'existence de la violence [1]. Le juge peut même aller très loin dans cette voie. L'exemple suivant montrera toute la portée de cette proposition : un fonctionnaire révocable et sans fortune doit sa nomination à un personnage politique très influent, qui est son seul appui en ce qui concerne son avancement. Supposons, pour rendre l'exemple plus saisissant, que le fonctionnaire dont nous parlons soit mal vu du gouvernement, et que sa révocation sera imminente, si son puissant protecteur lui fait défaut. Il est évident que, si ce dernier lui conseille avec insistance de faire un contrat, le juge pourra se montrer fort peu exigeant pour la preuve de la violence morale. Il pourra, par exemple, annuler le consentement en se fondant simplement sur ce que le protecteur aura dit nettement au fonctionnaire que celui-ci lui ferait beaucoup de peine en refusant de contracter.

89. D'ailleurs, la violence peut invalider le consentement même lorsqu'elle a été dirigée contre une personne autre que le contractant. A ce sujet, on lit dans l'art. 1113 : « *La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants* ». Ce texte, on le voit, ne mentionne que certaines personnes. Faut-il dire, en conséquence, qu'il est limitatif ? A notre avis, l'affirmative est exacte ; mais il ne faut pas exagérer cette idée. A l'égard des personnes qu'il indique, l'art. 1113 établit une présomption d'après laquelle les menaces dirigées contre elles sont réputées produire sur la volonté du contractant la même impression, peut-être même une impression plus forte que si elles s'adressaient à lui-même [2]. Cette présomption ne peut être étendue à aucune autre personne : c'est seulement en ce sens que l'art. 1113 est limitatif.

[1] Laurent, *loc. cit.*

[2] Dans une espèce où celui qui avait consenti l'avait fait sous la pression d'une menace de poursuite criminelle contre son père, la cour de Rouen s'exprime ainsi : « Il a subi la crainte d'un mal considérable et présent, non pour sa personne, mais *ce qui est plus grave*, pour son père ». — Rouen, 15 juil. 1881, S., 81. 2. 243. — V. aussi Trib. civ. Seine, 5 juil. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 124, *Pand. fr.*, 94. 2. 194.

90. La loi ne parle que de l'époux, de l'épouse, des ascendants et des descendants. Comme il ne peut pas exister de présomption légale sans un texte formel, il ne faut pas étendre la disposition de l'art. 1113 à l'adoptant ou à l'adopté. La violence employée contre eux ne serait donc pas, au point de vue de ses effets, assimilée à la violence exercée sur la partie contractante. Il suffirait, pour justifier cette solution, de faire remarquer que, dans le langage de la loi, les expressions d'ascendants et de descendants ne s'appliquent pas aux parents et aux enfants adoptifs. Mais on peut ajouter que le motif même de la disposition de l'art. 1113 ne se rencontre plus ici, du moins avec la même force, l'affection qu'on a pour ses parents ou ses enfants adoptifs n'étant généralement pas égale à celle qui a pour fondement le lien du sang (1).

91. L'art. 1113 comprend, au contraire, sous le nom de descendants et ascendants, les enfants naturels reconnus, ainsi que leurs pères et leurs mères. Ces personnes peuvent, en effet, être considérées comme des ascendants et des descendants au sens légal de ces expressions, et l'on doit supposer, au surplus, qu'elles ont, les unes à l'égard des autres, les sentiments qui commandent cette solution (2).

92. Quant aux personnes qui ne sont pas visées par l'art. 1113, le juge doit apprécier en fait si les menaces dont elles ont été l'objet ont produit sur le contractant une impression telle que son consentement n'a pas été libre. Mais, si les tribunaux ne peuvent pas ici annuler la convention en vertu d'une présomption légale, ils peuvent, du moins, le faire à raison des circonstances. Quel que soit, en effet, le tiers auquel s'adresse la violence, que ce soit un collatéral éloigné, un étranger ou même un inconnu, du moment que le contractant n'a consenti que pour lui épargner le mal dont il était menacé, le consentement est vicié. L'existence d'un lien

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 462; Duranton, X, n. 152, dern. al. — *Contra* Duvergier sur Toullier, III, 2e partie, p. 49, note *a*; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 300, note 14, 5e édit., p. 499-500, note 14; Demolombe, XXIV. n. 161.

(2) Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, X, n. 152, al. 2; Zachariæ, § 349 *b*, note 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXIV, n. 160; Planiol, II, 1re édit., n. 1114, dern. al., 2e et 3e édit., n. 1072, dern. al.

du sang entre le contractant et certaines personnes déterminées, le caractère particulièrement étroit de ce lien n'ont pu raisonnablement être pris en considération par le législateur qu'au point de vue d'une présomption de contrainte morale.

93. Cette théorie n'est pas acceptée par tous les auteurs. D'après Laurent, le juge ne pourrait pas déclarer, en se fondant sur les circonstances de fait, que la violence exercée contre les personnes autres que celles énumérées dans l'art. **1113** a supprimé la liberté de celui qui s'est obligé. Notre opinion serait contraire en premier lieu au texte de la loi : suivant la règle formulée dans l'art. **1112**, la violence suppose que le contractant a consenti parce qu'on lui a inspiré la crainte d'exposer « *sa* personne ou *sa* fortune à un mal considérable et présent ». En principe donc la violence n'existe que lorsque la menace s'adresse au contractant lui-même. L'art. **1113** fait exception à cette règle pour des cas où, comme a dit le tribun Favart, « les maux de l'un sont les maux de tous les autres » (1). Mais, en dehors des cas expressément prévus, on demeure dans la règle.

Notre opinion aurait également contre elle l'esprit de la loi et la raison elle-même : « On conçoit que l'on arrache le consentement du débiteur, en le menaçant lui et les siens d'un mal considérable et présent ; mais qui donc peut songer à extorquer le consentement en violentant un parent quelconque, un ami ou un étranger » (2) ?

Dans notre réponse à ces arguments, nous renverserons l'ordre dans lequel ils nous sont opposés. Au point de vue philosophique, toutes les fois que le contractant ne consent que pour faire échapper un tiers, quel qu'il soit, au mal dont il est menacé, sa volonté n'est pas libre. Or, si l'art. **1113** avait la portée que Laurent lui attribue, le législateur serait parti de cette idée que la menace, même du plus grand mal, dirigée contre une personne autre que notre époux, notre épouse, nos ascendants ou nos descendants, est sans influence sur notre liberté. Ce point de départ serait manifestement

(1) Fenet, XIII, p. 315 ; Locré, XII, p. 425, n. 12.
(2) Laurent, XV, n. 520.

faux. De plus, en supposant ainsi que nous demeurons nécessairement insensibles aux malheurs des personnes qui ne sont pas énumérées dans l'art. 1113, le législateur aurait considéré l'égoïsme absolu, l'égoïsme féroce comme la règle de l'humanité. Cet égoïsme serait d'autant plus révoltant qu'il s'exercerait même au regard d'un frère ou d'une sœur, c'est-à-dire de personnes qui, sans se rattacher aussi directement à nous que celles visées par l'art. 1113, nous tiennent cependant de fort près, et doivent, semble-t-il, nous inspirer un profond dévouement. Chose étrange ! Le mal qui est réputé nous causer une vive impression quand il menace notre bisaïeul, serait censé nous être indifférent quand il menace notre sœur ou notre frère ! Ce serait d'autant plus illogique qu'au titre des successions *ab intestat*, le législateur place les frères ou sœurs en meilleur rang que les aïeuls et aïeules. Or la dévolution des successions *ab intestat* a été réglée d'après l'ordre des affections présumées du défunt. Peut-on croire que les sentiments considérés comme si puissants dans un titre du Code soient complètement méconnus dans un autre ?

Il n'est donc pas admissible que l'esprit de la loi soit celui qu'on prétend. Mais alors quel est-il ? A notre avis, il est très nettement indiqué par Favart, dans le passage même que cite Laurent : « Vous sentez..., citoyens tribuns, que le danger d'une épouse *doit* être aussi puissant, aussi déterminant que celui que nous éprouvons nous-mêmes ; que *la nature fait partager* au cœur du fils ou du petit-fils les maux qu'ils voient souffrir aux auteurs de leurs jours. Dans un cas, l'amour conjugal, dans l'autre, l'amour paternel et la tendresse filiale *confondent l'existence* des chefs et des rejetons des familles : les maux de l'un *sont* les maux de tous les autres » (1). En un mot la violence qui est dirigée contre l'époux, l'épouse, les ascendants ou les descendants est complètement assimilée à

(1) Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, s'est exprimé, lui aussi, en termes qui sont plutôt favorables à notre opinion : « La loi romaine, dit-il, n'avait égard qu'à la crainte du père pour ses enfants ; la crainte des enfants pour leurs ascendants et des époux l'un pour l'autre est aussi un sentiment trop vif pour qu'on puisse le présumer compatible avec une liberté suffisante ». Fenet, XIII, p. 223 *in fine*, Locré, XII, p. 320, n. 11 *in fine*.

celle qui est directement exercée sur le contractant. Dans les deux hypothèses, l'émotion éprouvée par celui-ci est réputée la même. Le texte de l'art. 1113 se concilie très bien avec cette opinion. Il ne dit pas : « La violence *peut être* une cause de nullité, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore... » Il dit formellement : « La violence *est* une cause de nullité... » D'autre part, s'il dispose que le consentement est vicié quand la personne violentée est l'époux, un ascendant ou un descendant, il ne donne pas à entendre pour cela qu'il ne peut pas en être de même, suivant les circonstances, quand les menaces sont dirigées contre une autre personne. Les termes de l'art. 1113 n'autorisent pas l'argument *a contrario*.

Enfin, ne serait-il pas extraordinaire que, dans cette matière, le législateur fût rétrograde par comparaison avec les deux jurisconsultes dont il s'est presque toujours inspiré dans l'élaboration du titre *Des obligations ?* « Il faut, dit Pothier, que la partie qui prétend avoir été forcée à contracter ait été intimidée par la crainte d'un grand mal soit en sa propre personne, soit en celle de ses enfants *ou de quelque autre de ses proches* » (1). Il n'est pas douteux que, par ces derniers mots, Pothier reconnaisse tout au moins au juge le pouvoir de prendre en considération la violence exercée sur les frères ou les sœurs, sur leurs enfants, sur les oncles ou les tantes, sur les cousins germains. Nous disons que Pothier va tout au moins jusque-là ; car il est très probable que sa pensée est plus compréhensive et qu'il a en vue tous les parents. Telle est bien l'interprétation qu'autorise le sens normal du mot *proches*. On donne même quelquefois à cette expression une portée plus grande encore, et on lui fait comprendre même les amis très intimes, un pupille, une fiancée. C'est le sens qu'elle paraît avoir notamment dans la disposition que le *Code fédéral des obligations* consacre à notre matière (2). Dans tous les cas, il est certain qu'on trouve dans Pothier une conception bien plus humaine que celle attribuée par certains

(1) *Oblig.*, n. 25, al. 2.
(2) V. *Code féd. des oblig.*, art. 27, al. 1 ; Virgile Rossel, *op. cit.*, p. 67.

au législateur. Mais Domat s'exprime d'une façon absolument générale : « Si la violence, les menaces ou autres voies semblables, dit-il, sont exercées sur d'autres personnes que celui de qui on veut extorquer un consentement, et qu'on l'intimide par l'impression que fera sur lui la crainte de voir ces personnes exposées à quelque mauvais traitement, comme si c'est sa femme ou son fils, *ou une autre personne de qui le mal doive le toucher,* le consentement donné par de telles voies sera annulé... » (1).

Domat, sur cette question, laisse donc le champ libre à l'appréciation du juge.

En résumé l'art. 1113 est limitatif en ce sens que la présomption dont il parle doit être rigoureusement restreinte aux personnes qu'il énumère, mais non pas en ce sens que la violence exercée sur d'autres personnes ne peut jamais être un vice du consentement (2).

94. La violence rend une convention annulable, quel qu'en soit l'auteur. Il est donc indifférent qu'elle émane d'un tiers, et même que le futur créancier y demeure complètement étranger. C'est ce que dit l'art. 1111 : « *La violence exercée* » *contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nul-* » *lité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui* » *au profit duquel la convention a été faite* ». Ce principe est

(1) Domat, *Lois civiles,* 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. II, n. 5 (éd. Rémy, I, p. 391).

(2) Marcadé, IV, n. 413 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 557, § 614, note 5 ; Colmet de Santerre, V, n. 23 *bis;* Demolombe, XXIV, n. 162 ; Larombière, I, p. 78 (art. 1111-1114, n. 16) ; Thiry, II, n. 579 ; Vigié, II, n. 1167 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 607. — Cette théorie a été consacrée par le C. civ. italien. Après avoir disposé que « La violence est une cause de nullité du contrat même lorsqu'elle est dirigée contre la personne ou les biens de l'époux, d'un descendant ou d'un ascendant du contractant », ce code ajoute : « S'il s'agit d'autres personnes, il appartient au juge de prononcer sur la nullité suivant les circonstances ». Art. 1113, traduct. Orsier. — Le C. civ. portugais exige simplement qu'il y ait « des craintes sérieuses de préjudice pour la personne, l'honneur ou la fortune d'un contractant *ou de tiers* ». Art. 666, § *unique.* — D'après le C. féd. des oblig., il faut que le danger menace la partie « ou l'un de ses proches ». Art. 27, al. 1er. — Il est curieux de remarquer que le C. civ. espagnol mentionne simplement, comme notre code civil, l'époux, les descendants et les ascendants. Art. 1267, al. 2. Mais la formule absolue de sa disposition (« Il y a intimidation... ») montre que, s'il parle exclusivement de ces personnes, c'est parce qu'il établit, lui aussi, une présomption en ce qui les concerne.

traditionnel. Il était admis par le droit romain (1) et par notre ancien droit (2). Il est consacré par toutes les législations étrangères (3). Sa justesse n'a donc pas et n'a jamais été mise en doute. Mais il ne suffit pas, pour le justifier, de faire observer que, dans l'hypothèse où la violence est exercée par un tiers, elle n'en affecte pas moins la liberté du consentement. On peut, en effet, en dire autant du dol. Or, comme nous le verrons, celui-ci n'est pris en considération par la loi que lorsqu'il a pour auteur l'autre partie. La disposition de l'art. 1111 repose sur les motifs suivants : Comme les actes de violence sont presque toujours accomplis par des personnes insolvables, le secours accordé à la victime serait illusoire s'il consistait simplement en un droit à une réparation pécuniaire. Ce genre de secours serait d'autant moins efficace que, généralement aussi, l'auteur de la violence est inconnu et qu'on serait dans l'impossibilité de démontrer qu'elle est imputable à l'autre contractant (4). On peut ajouter que les faits constitutifs de la violence troublent d'une façon particulièrement grave l'ordre public, et que, par suite, sa répression doit être assurée (5).

95. La violence est, bien entendu, un vice du consentement, alors même qu'elle ne constitue pas un crime ou un délit. Nous sommes, en effet, ici en matière civile et non pas

(1) L. 9, § 1, D., *Quod metus causa* : « *Prætor generaliter et in rem loquitur* ».

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 23 ; Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. II, n. 6. Ce dernier auteur s'exprimait ainsi : « Tout ce qui aura été fait par force, ne sera pas seulement nul à l'égard de ceux qui l'auront exercée, mais à l'égard de toute autre personne qui prétendrait s'en servir ; car ce qui de soi-même est illicite, ne peut subsister pour qui que ce soit, quoique même ceux qui ont exercé la violence n'en profitent point ». Toutefois, si parmi nos vieux auteurs, cette question n'a jamais donné lieu à des divergences au point de vue du droit civil, Grotius enseignait que l'obligation était valable en droit naturel ; mais il était contredit sur ce point par Pufendorff et Barbeyrac. — V. Pothier, *loc. cit.*

(3) Notamment C. civ. néerl., art. 1359 ; C. civ. ital., art. 1111 ; C. civ. port., art. 666 ; C. civ. Rép. Argent., art. 941 ; C. civ. mexic., art. 1298 ; C. civ. chil., art. 1457 ; C. féd. des oblig., art. 26 ; C. civ. esp., art. 1268. — V. aussi C. civ. allem., art. 123 ; C. civ. japon., art. 96.

(4) L. 14, § 3, D., *eod. tit.* : « *Metus habet in se ignorantiam* » (Ulpien).

(5) Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 498, note 11 *bis* ; Demolombe, XXIV, n. 158 ; Huc, VII, n. 32. — V. *infra*, n. 110.

en matière criminelle (1). Il s'ensuit que l'acquittement, par la justice répressive, de l'auteur de la violence ne fait pas obstacle à ce que la convention soit annulée par la justice civile comme faite sous l'empire de la crainte (2).

96. Il appartient aux juges du fond de décider souverainement si les faits qui leur sont soumis présentent les caractères de la violence et s'ils peuvent entraîner l'annulation d'une convention. Leur décision sur ce point ne saurait donc être sujette à cassation (3). La cour suprême en a conclu que les juges du fond déclarent souverainement que le fait imputé au créancier constitue simplement une menace de recourir aux voies légales (4). Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette proposition. Il convient de l'interpréter en ce sens que les juges de fait ont un pouvoir souverain d'appréciation relativement à la question de savoir si le créancier a, oui ou non, abusé des moyens de contrainte admis par la loi; mais la cour de cassation peut censurer leur décision en tant qu'ils ont estimé que les procédés auxquels le créancier a recouru ou a menacé de recourir avaient ou n'avaient pas le caractère de voies légales.

Il appartient également aux juges du fond d'apprécier si les faits dans lesquels ils ne trouvent pas les éléments de la violence, ne sont pas, du moins, suffisants pour caractériser le dol ou s'ils ne démontrent pas l'absence de cause (5).

97. Les faits constitutifs de la violence peuvent toujours être établis par la preuve testimoniale ou par les présomptions. La loi, il est vrai, dans l'art. 1353, n'autorise sans condition cette dernière espèce de preuve que lorsqu'il s'agit d'un acte attaqué pour cause de fraude ou de dol. Mais, ainsi que le fait observer notamment la cour suprême, la violence

(1) Larombière, I, p. 76 (art. 1111-1114, n. 13); Demolombe, XXIV, n. 145; Planiol, *Dol civil et dol criminel, Rev. crit.*, XXII, 1893, p. 650, n. 45. — Cpr. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 57.

(2) Caen, 9 avril 1853, S., 54. 2. 30, D. P., 54. 2. 189.

(3) Req., 4 nov. 1835, S., 36. 1. 948; D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 180; 19 fév. 1879, S., 80. 1. 62, D. P., 79. 1. 445. — V. encore Req., 24 janv. 1822 et 25 juil. 1826, D. *Rép. alph.*, *eod.* v°, n. 173.

(4) Civ. rej., 25 fév. 1879, S., 79. 1. 273, D. P., 79. 1. 158.

(5) Larombière, I, p. 71 (art. 1111-1114, n. 9).

exercée pour extorquer le consentement a nécessairement le caractère d'un dol [1]. On peut ajouter, d'ailleurs, avec raison, que la violence constitue un délit, et que, par suite, c'est un fait dont la victime n'a pas eu le moyen de se procurer la preuve littérale. L'existence de cette cause d'annulabilité peut donc toujours être établie par des témoignages et, par conséquent aussi, par des présomptions. Arg. 1348 et 1353 [2].

C. *De l'effet de la violence.*

98. La violence, quand elle présente les caractères indiqués par l'art. 1112, vicie le consentement et, par suite, le contrat dont il est la base. Aussi donne-t-elle naissance à une action en nullité, sous le coup de laquelle le contrat devra succomber. Le contrat, remarquons-le bien, n'est pas *inexistant,* mais seulement *annulable;* car la violence n'empêche pas le consentement d'exister et le contrat de se former. L'art. 1115 déduit prématurément une conséquence de ce principe lorsqu'il dispose que : « *Un contrat ne peut plus* » *être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la vio-* » *lence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément,* » *soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitu-* » *tion fixé par la loi* ».

Les propositions contenues dans ce texte ou dont il suppose l'existence ne sont point particulières à la violence. Elles s'appliquent aussi à l'erreur et au dol. Nous le verrons en étudiant les dispositions des art. 1117, 1304 et 1338, qui sont communes aux trois vices du consentement. Ainsi l'art. 1115 est absolument inutile. Si le législateur l'a écrit, c'est parce qu'il en a trouvé la formule dans Pothier. Mais il n'a pas pris garde que, si elle s'expliquait de la part de cet auteur, elle était, au contraire, superflue dans le Code. Selon Pothier, l'erreur dans la substance de l'objet ou dans la personne entraînait l'inexistence même de la convention. Quant à la violence, qu'il étudie immédiatement après l'erreur, à son avis, elle rendait simplement le contrat vicieux, et, après

[1] Req., 5 fév. 1828, S. chr., IX. 1. 25, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 193.
[2] Toullier, IX, n. 173; Duranton, X, n. 160; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 503, note 18 *bis*. — Req., 5 fév. 1828, préc.; 6 avril 1903, D. P., 1903. 1. 301.

avoir exprimé cette dernière idée, il en déduisait la conséquence qui a passé dans l'art. 1115 (1). Mais le législateur aurait dû se dispenser de la reproduire, puisque, d'après lui, l'erreur et la violence affectent le consentement de la même façon.

III. *Du dol* (2).

A. *Définition et notions générales.*

99. On appelle *dol* toute espèce de manœuvres qu'une personne emploie pour faire naître dans l'esprit d'une autre une erreur qui la détermine à consentir (3). Le dol suppose donc essentiellement des manœuvres réprouvées par la loi, et, par là, nous entendons des manœuvres réprouvées par la loi civile, par le droit positif.

100. Nous n'avons donc pas en vue les procédés simplement contraires à la loi morale. Il s'ensuit qu'on ne saurait voir un dol dans ces exagérations de langage ou dans ces

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 21 (édit. Dupin, I, p. 16.

(2) V. pour le droit allemand, Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 50-56.

(3) Labéon définit le dol : « *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* »; et Ulpien, qui rapporte cette définition célèbre, ajoute qu'elle est exacte. L. 1, § 2, D., *De dolo malo*, IV, 3. — Domat, s'inspirant de Labéon, dit : « On appelle dol toute surprise, fraude, finesse, feintise et toute autre mauvaise voie pour tromper quelqu'un ». *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. III, n. 1 (édit. Rémy, I, p. 395). Il se préoccupe donc, lui aussi, d'employer une formule assez compréhensive pour qu'elle s'applique aux multiples aspects du dol. Quant à Pothier, il résume ainsi la définition romaine : « On appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre ». Plus loin, le même jurisconsulte emploie cumulativement, pour préciser la notion du dol, les expressions « mauvaises manœuvres. » et « mauvais artifices ». *Oblig.*, n. 28 et n. 30 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 20). Les auteurs du C. civ. ont retenu la première de ces expressions, et, dans leur esprit, elle paraît avoir répondu au mot *machinatio* de Labéon.

La définition donnée par ce jurisconsulte est relative à ce que les Romains appelaient *dolus malus*. On opposait à cette expression celle de *dolus bonus* ou *solertia*. Le *dolus bonus* était le dol qu'on pratiquait pour défendre des intérêts légitimes, surtout contre un ennemi ou un voleur. L. 1, § 3, *eod. tit.* : « *Non fuit autem contentus prætor dolum dicere, sed adjecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur* » (Ulpien). — V. Accarias, *op. cit.*, II, p. 912, note 1. — Nous ne connaissons plus aujourd'hui la distinction du *dolus bonus* et du *dolus malus;* le mot *dol* emporte toujours l'idée de manœvres réprouvées par la loi : toute manœuvre qui n'a pas ce caractère ne constitue pas un dol. Demolombe, XXIV, n. 167.

réticences qui ont cours dans la formation des contrats.

Les personnes qui veulent vendre ont l'habitude de vanter outre mesure la chose dont elles veulent obtenir un bon prix, d'exagérer les qualités de cette chose, de dissimuler ou, au moins, d'atténuer ses défauts. En sens inverse, les personnes qui se présentent pour acheter, ne manquent pour ainsi dire jamais de déprécier la marchandise, de contester ses qualités, d'insister sur les défauts qu'elle a ou même de lui en attribuer qu'elle n'a pas. Si, en pure morale, ces procédés laissent à désirer (1), ils ne sont pas et n'ont jamais été interdits par les législations positives (2). S'il en était autrement, presque tous les contrats seraient annulables, ce qui ne serait pas moins contraire aux intérêts de la société qu'à ceux des particuliers (3). D'ailleurs ces procédés sont tellement passés dans l'usage que les contractants qui ne s'en méfient pas font preuve d'une légèreté vraiment inexcusable et, la plupart du temps, ne méritent pas qu'on s'intéresse à eux, puisqu'ils se sont laissés prendre à des pièges aussi grossiers (4).

(1) Cicéron, *De officiis*, III, c. XV.

(2) L. 22, D., *Locati*, XIX, 2 : « *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est* » (Ulpien). L. 16, § 4, D., *De minor. vig. quinque annis*, IV, 4 : « *In pretio emptionis et venditionis, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire* » (id.). Nos anciens auteurs se prononçaient dans le même sens. V. Pothier, *Oblig.*, n. 30, al. 2 ; Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. III, n. 2 (édit. Rémy, I, p. 395). — Le C. civ. de Portugal prévoit le cas en ces termes : « Les idées vagues et générales que les parties échangent entre elles relativement aux avantages ou aux pertes qui peuvent résulter naturellement de l'exécution ou de la non exécution du contrat ne sont pas prises en considération pour la qualification du dol ou de la violence ». Art. 667 (Trad. Lepelletier). — Même disposition dans le C. civ. mexic., art. 1301. — Le *Code général des biens pour la principauté de Monténégro* pose très nettement le principe : « On ne considèrera pas qu'il y a dol quand celui qui offre une chose en fait l'éloge, même d'une façon exagérée, si dans les relations commerciales on n'attache pas grande importance à ces éloges ». Art. 519, al. 2 (Trad. Dareste et Rivière).

(3) Pothier, *loc. cit.*

(4) La cour de Riom dit très justement qu' « on ne peut juridiquement qualifier de dol toute espèce de ruses ou d'artifices, et notamment ces recommandations ou vanteries habituelles, à l'aide desquelles un vendeur cherche à vendre sa marchandise ; que, s'il en exalte le mérite et la valeur, *c'est à l'acheteur de savoir s'en défendre pour ne pas en devenir la dupe trop facile* ». 12 mai 1884, S., 85. 2. 13. — Nancy, 15 mai 1869, S., 69. 2. 179. — Rennes, 7 juin 1878, S., 79. 2. 241,

Non seulement les ruses de ce genre n'invalident pas les contrats, mais elles ne donnent même pas naissance à une action en dommages-intérêts (1).

101. Toutefois, les affirmations de l'une des parties peuvent certainement être considérées à bon droit comme des manœuvres dolosives à raison des circonstances, par exemple si elles sont assez précises pour qu'on puisse y voir un engagement. Comme le disait très bien Domat, à propos des paroles prononcées par le vendeur pour faire valoir sa marchandise, les finesses de cette nature ne sont pas suffisantes pour invalider le contrat, « si ce ne sont que des finesses dont l'acheteur puisse se défendre et dont la vente ne dépende pas ». Et le même auteur ajoutait avec raison: « Mais, si le vendeur déclare une qualité de la chose qu'il vend, et qu'il engage par là l'acheteur, comme s'il vend un fonds avec un droit de servitude qui n'y soit pas dû, ce sera un dol qui pourra suffire pour annuler la vente » (2). Ici, en effet, l'affirmation est positive. Elle a, en conséquence, un caractère dolosif et peut entraîner l'annulation du contrat (3).

Notons l'espèce suivante, à raison de son intérêt pratique: Lorsque le vendeur d'un immeuble a remis à l'acquéreur,

D. P., 79. 2. 125. — Les conseils et même les sollicitations pressantes des employés d'un banquier en vue de déterminer quelqu'un à acquérir des actions et à souscrire l'émission de valeurs filiales de leur maison ne constituent pas des manœuvres dolosives de nature à entacher de nullité les opérations réalisées dans ces conditions. Rennes, 5 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 42, *Droit*, 27 sept. 1902. *Rec. Nantes*, 1902. 331. — Jugé aussi que de simples insistances et même des promesses fallacieuses, si elles ont été faites sans manœuvre caractérisée, ne sauraient constituer le dol. — Trib. civ. Lyon, 30 juil. 1897, *Mon. Lyon*, 8 déc. 1897. — V. aussi Trib. com. Seine, 24 nov. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 631.

(1) Cpr. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 302; 5e édit., p. 504 *in fine*, 505; Larombière, I, p. 84 (art. 1116, n. 5); Demolombe, XXIV, n. 178; Huc, VII, n. 36. — V. cependant Laurent, XV, n. 528. — Dans ce sens, il a été jugé que le fait, par celui qui met un bien en vente, de donner verbalement des indications mensongères ou de faire insérer soit dans des affiches, soit dans des annonces imprimées ou manuscrites des énonciations présentant le même caractère, ne constitue pas, « si blâmable qu'il soit », une manœuvre dolosive, « puisque le simple mensonge lui-même n'a jamais été tenu pour tel, et que les annonces imprimées, manuscrites ou affichées n'ont jamais elles-mêmes été considérées comme l'expression exacte de la vérité ». Amiens, 14 fév. 1876, sous Req., 29 nov. 1876, S., 77. 1. 49.

(2) Domat, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, Huc, *loc. cit.* — Cpr. Demolombe, XXIV, n. 172.

antérieurement à la vente, un état de locations contenant des majorations de prix résultant de remises d'un ou de plusieurs termes de loyers consenties aux locataires et dissimulées à l'acquéreur, l'usage de ce document constitue une manœuvre dolosive (1).

102. On conçoit qu'en règle très générale les réticences surtout ne sauraient constituer le dol. Le simple silence ne répond pas à l'idée qu'éveille l'expression de *manœuvres*, expression dont le législateur s'est servi dans l'art. 1116 (2). Cependant les réticences peuvent avoir elles-mêmes un caractère dolosif si elles sont accompagnées d'artifices coupables (3). Un individu pourvu d'un conseil judiciaire ne révèle pas cette situation aux personnes avec lesquelles il contracte : Ce silence ne doit pas être considéré comme un dol. C'est de toute évidence, du moins, lorsque le jugement portant nomination du conseil a reçu la publicité prescrite par l'art. 501 ; car alors, l'incapacité relative de l'individu placé sous l'autorité du conseil judiciaire est légalement réputée connue des tiers (4). Mais la réticence dont nous parlons devient dolosive

(1) Paris, 23 fév. 1897, *Bull. C. d'app. de Paris*, 8 mars 1897, texte non publié. — Doit être déclaré nul un bon de commande de publicité surpris à un client par la promesse mensongère que lui a faite un placier de lui procurer des clients. Trib. com. Seine, 26 oct. 1900, *Droit*, 30 nov. 1900.

(2) V. Rennes, 21 juil. 1880, sous Req., 15 juin 1881, D. P., 83. 1. 330. — Dijon, 5 juin 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 540. — *Sic* Planiol, *Dol civil et dol criminel*, *Rev. crit.*, XXII, 1893, n. 35, p. 569. — Toutefois, dans les assurances, les réticences qui diminuent l'opinion du risque ou qui en changent le sujet, rendent le contrat annulable. Art. 348 C. co. — V. aussi art. 1645 C. civ.

(3) Larombière, I, p. 81 (art. 1116, n. 1); Demolombe, XXIV, n. 172; Huc, VII, n. 36. — Req., 5 déc. 1838, S., 38. 1. 951, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 92. — Civ. rej., 17 fév. 1874, S., 74. 1. 248, D. P., 74. 1. 193. L'arrêt déféré à la Cour suprême dans cette affaire avait admis l'existence d'un dol positif et direct de la part d'un marchand de chevaux qui avait vendu une jument sans déclarer qu'elle avait l'habitude de ruer, alors qu'il ne pouvait pas ignorer et n'ignorait pas en fait qu'elle avait ce dangereux vice, puisqu'il l'avait eue à différentes reprises dans ses écuries et l'avait déjà vendue deux fois. — Paris, 16 déc. 1872, sous Cass., *loc. cit.* — Cpr. Planiol, *loc. cit.* et *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 1re édit., n. 1103, 2e et 3e édit., n. 1106. — Cpr. aussi Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 54-55.

(4) Amiens, 27 juin 1877, S., 79. 2. 229. — Rappelons ici que, d'après la jurisprudence, on ne saurait considérer comme un quasi délit, en dehors de toute manœuvre frauduleuse, le silence gardé, lors de la passation d'un contrat, par un individu pourvu d'un conseil judiciaire, sur l'incapacité dont il est atteint. Lyon, 9 juin 1883, D. P., 84. 2. 83. — Paris, 16 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 1893. 1. 441.

si elle est accompagnée d'artifices destinés à faire croire que cet individu a le plein exercice de ses droits [1].

103. Il résulte, nous le savons, de l'art. 1112 que, pour déterminer les faits constitutifs de la violence et pour apprécier leur influence sur le consentement, il faut rechercher quelle est l'impression que la violence a pu faire sur sa victime, étant donnée la personne dont il s'agissait d'extorquer le consentement. Bien que la loi soit muette à cet égard, il convient de se placer au même point de vue en matière de dol. On doit, par conséquent, dans l'appréciation des faits qui le constituent, se demander si la personne qui a consenti était plus ou moins intelligente, si, vu les circonstances, il était plus ou moins facile de la tromper [2].

Cependant le tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 9 janvier 1902, a cru pouvoir poser ce principe : « Les manœuvres plus ou moins déshonnêtes employées par un contractant en vue d'obtenir une obligation à son profit ne sont juridiquement frauduleuses et ne peuvent constituer le délit d'escroquerie *ou même avoir le caractère de dol viciant le contrat que si elles sont de nature à tromper une personne de prudence ordinaire* » [3]. A notre avis, cette formule est dangereuse et inexacte.

104. Le C. civ. diffère du Droit romain en ce qu'il n'admet pas l'existence du *dolus re ipsâ*. On entendait par cette expression le simple fait de demander l'exécution d'un contrat, bien que celui-ci causât à l'autre partie une lésion majeure. Peu importait que la formation du contrat n'eût pas été déterminée par des manœuvres imputables à celui qui réclamait l'exécution. D'après les jurisconsultes romains, le *dolus re ipsâ* était une cause de nullité des conventions [4]. Cette doc-

(1) Amiens, 27 juin 1877, précité.

(2) Cpr. Planiol, *Dol civil et dol criminel*, n. 37, p. 571.

(3) *Gaz. Pal*, 1902. 1. 414, *Droit*, 26-27 mai 1902, *Mon. jud. Lyon*, 12 juin 1902.

(4) L. 36, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1 : « *Etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet* » (Ulpien). — L. 2, § 5, D., *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4 : « *Nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose* » (id.). L'expression *dolus re ipsâ* s'explique ainsi : « C'est cette lésion, sans dol de personne, disait Domat, qu'on appelle *dolus re ipsâ*, parce que l'un des contractants se trouve trompé par la chose même, sans le

trine ne saurait se concilier avec les principes consacrés dans les art. 1116 et 1118 (1).

105. On peut d'ailleurs poser en principe, d'une façon absolue, que le dol suppose essentiellement l'intention de tromper (2). Un commerçant assure des marchandises qu'il évalue à une somme exagérée ; mais aucune circonstance ne prouve qu'il ait voulu tromper les assureurs. Sans doute, d'après la doctrine et la jurisprudence, sa bonne foi se convertira en fraude, si, après que l'exagération aura été démontrée, il persiste à réclamer la totalité de la somme assurée. Mais le juge ne pourra pas annuler l'assurance en se fondant sur ce qu'il y aurait eu dol au moment du contrat (3). Autre exemple : Les affiches qui annoncent la vente aux enchères d'un domaine renferment des énonciations très exagérées. Faudra-t-il voir dans ces affiches des manœuvres dolosives de nature à invalider le consentement de l'acquéreur ? Non, si elles n'ont pas été rédigées dans la pensée de tromper le public sur l'état, la valeur ou la consistance du domaine, et si le but que se proposait le vendeur était simplement d'attirer l'attention des amateurs à l'aide d'une réclame pompeuse et de les amener à visiter sa propriété, ainsi qu'il les y conviait dans ses affiches. Si donc une personne, sur la foi de cette réclame, acquiert immédiatement le domaine, elle doit imputer l'erreur sous l'empire de laquelle elle a traité, non au dol du vendeur, mais à sa propre légèreté (4).

106. Les articles 1150 et 1151 visent le cas où l'inexécution d'une obligation résulte du *dol* du débiteur. Est-ce à dire qu'il

dol de l'autre ». *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. III, n. 4 (édit. Rémy, I, p. 395).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., p. 302, 5e édit., p. 505 ; Demolombe, XXIV, n. 170. — L'arrêt qui prononce la nullité d'un acte en se fondant, non pas sur le dol personnel, mais sur le *dolus re ipsâ*, est sujet à la censure de la cour suprême. Civ. cass., 4 juin 1810, S. chr., III, 1, 192, col. 3 *in fine ;* D. *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 200.

(2) Dijon, 5 juin 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 540.

(3) Aix, 2 juil. 1826, D., *op. cit.*, vo *Droit maritime*, n. 1657.

(4) C'est surtout évident lorsque le vendeur ou son mandataire, loin d'accepter tout de suite une offre spontanée, a engagé avec insistance cette personne à se rendre sur les lieux et à ne traiter qu'après les avoir vus, afin de s'épargner une déception. Nancy, 15 mai 1869, S., 69. 2. 181.

existe deux espèces de dol, celui qui est relatif à la conclusion des contrats et celui qui est relatif à l'inexécution des obligations ? L'affirmative, nous venons de le voir, pourrait s'autoriser du langage même du législateur. Mais il est plus correct de réserver le nom de dol aux manœuvres employées pour amener quelqu'un à contracter, et de qualifier de *fraude* les moyens par lesquels les débiteurs frustrent leurs créanciers. Le dol suppose qu'on agit sur une personne en l'induisant intentionnellement en erreur. Mais, quand un débiteur rend volontairement impossible l'exécution de son obligation, est-il vrai qu'il trompe l'esprit de son créancier ? Non, tout ce que l'on peut dire, suivant l'observation de M. Planiol, c'est qu'il *trompe son attente*. Ou plutôt, dans ce cas, il n'y a pas tromperie, mais déception. Il ne faut donc pas dire qu'il y a dol, mais *fraude contre les créanciers* (1).

107. On oppose quelquefois l'une à l'autre ces deux expressions *dol civil* et *dol criminel* (2). Le dol criminel consisterait en actes frauduleux assez graves pour affecter l'intérêt général et que la loi pénale a, en conséquence, punis. Ce dol ne serait autre chose que l'escroquerie. Le dol civil, lui, comprendrait les manœuvres frauduleuses dont la gravité est moindre et qui sont, par suite, suffisamment réprimées par l'annulation du contrat ou par une condamnation à des dommages-intérêts.

Mais cette distinction n'a pas sa raison d'être. En réalité, il n'y a qu'une espèce de dol. Seulement le but poursuivi par ses auteurs ne tombe pas toujours sous le coup de la loi pénale. Dans beaucoup de cas, le dol peut simplement motiver l'annulation du contrat. Mais sa nature est toujours la

(1) Planiol, *Dol civil et dol criminel*, *Rev. crit.*, XXII, 1893, n. 7-11, p. 549 *in fine*-552 et *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 1re édit., n. 1111, 2e et 3e édit., n. 1069. — Comme le fait remarquer le même auteur, c'est sous l'influence de la célèbre définition de Labéon (rapportée ci dessus, p. 142, note 3), qu'on en est venu à désigner per l'expression de dol des faits de fraude. Cette définition était, en effet, si compréhensive qu'elle pouvait s'appliquer aussi bien aux fraudes commises relativement à l'exécution du contrat qu'aux manœuvres antérieures à la conclusion de celui-ci, *Dol civil et dol criminel*, n. 11, *Rev. crit.*, XXII, p. 552.

(2) Larombière, I, p. 82 (art. 1116, n. 2); Demolombe, XXIV, n. 173; Bédarride, *Tr. du dol et de la fraude*, n. 17 et 18. — Trib. paix Paris, 29 mai 1901, *Loi*, 1er juin 1901.

même. Qu'on le qualifie de dol civil ou de dol criminel, il suppose que son auteur a agi intentionnellement, et, par conséquent, il lui est, dans tous les cas, imputable. De plus, qu'il serve ou non à poursuivre un résultat prévu par la loi pénale, il a pour but de circonvenir quelqu'un. Qu'on ne dise pas que l'auteur du dol criminel agit uniquement en vue de nuire à autrui, tandis que l'auteur du dol civil poursuit plutôt son intérêt personnel ! L'escroc ne cherche-t-il donc pas à tirer un profit du délit qu'il commet? En terminant, empruntons à M. Planiol quelques lignes de sa remarquable conclusion : « C'est au droit civil seul qu'il appartient de se préoccuper du dol et de fixer les effets de l'obligation qu'il fait naître. Le dol criminel n'existe pas, si par dol criminel on veut entendre le dol frappé d'une peine pour lui-même. Le dol ne devient délit que quand il sert à s'emparer du bien d'autrui, et, quand le Code pénal sévit contre l'auteur d'un dol, c'est toujours parce qu'il a pris ce qui ne lui appartenait pas, comme l'eût fait un voleur..... Il est faux que la loi pénale s'émeuve seulement des actes les plus immoraux et laisse au droit civil le droit de réprimer les dols bénins. La vérité c'est que la loi pénale fait un délit de toute atteinte au droit de propriété, et abandonne au droit civil toute la matière des conventions » (1).

107 I. Tout contrat peut être annulé quand le consentement de l'une des parties a été surpris par dol. Ainsi le traité passé par un mineur, devenu majeur, et son tuteur, relativement au compte de tutelle, même après le délai de dix jours depuis la reddition du compte détaillé et la remise des pièces justificatives, est annulable si le consentement du mineur a été obtenu au moyen de manœuvres dolosives (2).

Le principe que nous venons de poser s'applique même aux conventions matrimoniales (3).

(1) Planiol, *op. cit.*, p. 662-663, n. 65.

(2) Pau, 12 nov. 1879, S., 81. 2. 31, D. P., 80. 2. 220.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 301, texte et note 19, et 5e édit., p. 503, texte et note 19 *bis*; Larombière, I, p. 92 (art. 1116, n. 13). — Req., 2 mars 1852, S., 52. 1. 262.

B. *Conditions requises pour que le dol puisse entraîner l'annulation d'un contrat.*

108. Aux termes de l'art. 1116 : « *Le dol est une cause de » nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées » par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans » ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. — Il » ne se présume pas, et doit être prouvé* ».

Deux conditions sont donc requises pour que le dol soit une cause de nullité d'un contrat : il faut d'abord que les manœuvres, sous l'influence desquelles l'une des parties a contracté, aient été pratiquées par l'autre partie ; il faut ensuite qu'elles soient de telle nature qu'en leur absence la victime du dol n'aurait pas contracté.

N° 1. Il faut que le dol émane de l'une des parties.

109. En premier lieu, il faut que le dol dont l'une des parties a été victime ait été pratiqué par l'autre ou tout au moins que celle-ci en soit complice (1).

Toutefois il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait complicité du contractant auquel le dol doit profiter, qu'il se soit associé d'une façon active aux manœuvres dolosives pratiquées par un tiers. Il suffit que, connaissant ces manœuvres, il se soit abstenu de les dévoiler à l'autre partie. Cette interprétation de la loi est certainement fondée, car, dans le cas dont il s'agit, le silence même du contractant qui profite sciemment du dol, a un caractère frauduleux (2).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 32 ; Toullier, VI, n. 93 ; Duranton, X, n. 176-177 ; Larombière, I, p. 87 (art. 1116, n. 8) ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 303, 5e édit., p. 505, *in fine ;* Demolombe, XXIV, n. 184-185 ; Laurent, XV, n. 529, *in fine*. — D'ailleurs, pour que les manœuvres dolosives soient considérées comme pratiquées par l'une des parties, il suffit que l'un des faits articulés et qui forment un ensemble indivisible soit une imputation dirigée contre cette partie pour un acte qui lui est personnel. Req., 8 août 1878, S., 79. 1. 461.

(2) Duranton, X, n. 178 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 303, 5e édit., p. 506 ; Larombière, *loc. cit. ;* Demolombe, XXIV, n. 186 ; Laurent, *loc. cit.* — Le C. féd. des obligations va plus loin : « Lorsque le dol a été commis par un tiers, porte son art. 24, la partie qui en est victime demeure obligée, à moins qu'au moment de la conclusion du contrat l'autre partie n'ait connu *ou dû connaître le dol* ». — V. aussi Virgile Rossel, *op. cit.*, n. 46, p. 63. — Même disposition dans le C. civ. allemand, art. 123. — D'après nous, sous l'empire de notre Code civil, si l'une des

Le dol ne sera donc pas une cause d'annulabilité, s'il est l'œuvre exclusive d'un tiers [1]. Cette distinction entre le dol émané de l'une des parties et celui auquel elle est demeurée étrangère se justifie facilement. Il est tout simple que la loi autorise la partie qui a contracté sous l'influence du dol, à demander l'annulation du contrat, lorsque le dol émane de l'autre partie : c'est la réparation, aussi adéquate que possible, du préjudice causé par le dol, et elle est obtenue aux dépens du coupable. Il en est tout autrement lorsque le dol est l'œuvre exclusive d'un tiers. Annuler le contrat dans ce cas, ce serait réparer le préjudice causé par le dol, aux dépens d'un autre que le coupable, aux dépens du cocontractant qui en est innocent, nous le supposons. La loi n'a pas voulu consacrer cette injustice : elle maintient le contrat dans cette hypothèse, sauf à celle des parties qui a été trompée à agir en dommages et intérêts contre l'auteur du dol, en vertu du principe général consacré par l'art. 1382. Il est remarquable, d'ailleurs, qu'à un certain point de vue cette action pourra être plus avantageuse pour la victime du dol que l'action en nullité. Cette dernière, en effet, peut s'éteindre par la pres-

parties n'a pu ignorer le dol qui a déterminé l'autre partie à contracter que par suite de sa négligence, elle est passible de dommages-intérêts, et les juges peuvent, en conséquence, à titre de réparation, déclarer le contrat non avenu. A notre avis, il faut appliquer dans ce cas la théorie de la *culpa in contrahendo*. V. *infra*, n. 362.

[1] La jurisprudence a fait de ce principe, en matière de sociétés par actions, des applications qui sont très importantes au point de vue pratique : un souscripteur d'actions, dans une société en commandite par actions, ne saurait opposer à la demande formée contre lui, après la faillite de la société, par les syndics et tendant à le faire condamner au versement à la masse du prix de ses actions, la nullité de la société, à raison du dol pratiqué par le gérant pour le déterminer à souscrire. En effet, d'après la jurisprudence, les actionnaires sont directement obligés envers les créanciers de la société, qui ont, par suite, contre eux une action directe. Ce n'est donc pas comme exerçant les droits du gérant, mais au nom des créanciers de la faillite, que, dans l'hypothèse dont nous parlons, les syndics ont formé la demande, et, par rapport à eux, le dol du gérant émane d'un tiers. — Req., 10 fév. 1868, S., 68. 1. 149, D. P., 68. 1. 379. — Paris, 26 avril et 9 mai 1877, S., 80. 2. 331, D. P., 79. 2. 81. — Cpr. Paris, 30 juil. 1859, D. P., 59. 2. 765. — Le cessionnaire d'actions, dans une société anonyme, poursuivi par les liquidateurs de cette société en paiement du solde restant dû sur ces actions, ne peut pas s'y soustraire en excipant de ce que la cession qui lui a été consentie est entachée de dol, car ce vice du consentement n'est pas imputable à la société. — Dijon, 10 avril 1867, S., 68. 2. 342.

cription décennale de l'art. 1301, tandis que, pour l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382, il ne peut être question que de la prescription de trente ans (1).

110. On voit (et nous l'avons déjà fait remarquer par anticipation), que les effets du dol sont moins puissants que ceux de la violence. Cette dernière est une cause de nullité du contrat, quel qu'en soit l'auteur (art. 1111), tandis que le dol n'est une cause d'annulabilité que lorsqu'il émane de la partie avec qui l'on a contracté. Pourquoi cette différence? Au point de vue philosophique, il est peut-être impossible de la justifier, car le dol vicie de la même façon le consentement dans tous les cas (2). Dans le domaine du droit positif, la distinction que le législateur fait ici entre la violence et le dol s'explique par les motifs suivants : La situation de celui qui contracte sous l'étreinte de la violence est plus fâcheuse que la situation de celui qui contracte sous l'empire du dol, et elle demandait une protection plus énergique. En effet, quel que soit l'auteur de la violence, celui qui la subit est dans la même impossibilité de s'y soustraire. « Le cas de violence, comme le dit Bufnoir, est assimilable à un cas de force majeure » ; il n'y avait donc pas lieu de distinguer d'où part la violence ; il fallait venir dans tous les cas au secours de la partie violentée, en lui permettant de demander la nullité du contrat. Il en est tout autrement du dol : son empire n'est pas irrésistible comme celui de la violence; avec quelque habileté on peut y échapper. Celui qui a contracté sous l'influence du dol paraît surtout peu digne de protection quand il s'est laissé tromper par un tiers, parce que, le plus souvent, il aurait pu, en se renseignant auprès de celui avec qui il contractait, contrôler l'exactitude des assertions qui l'ont induit en erreur. Dans ces conditions, le recours contre l'auteur des manœuvres dolosives a paru suffisant. Si la loi s'était bornée à concéder un semblable recours à celui qui a contracté sous l'empire d'une violence commise par un tiers, elle lui aurait

(1) V. cependant Planiol, II, 1re édit., n. 1105-2°, 2e et 3e édit., n. 1063-2°.

(2) Larombière, I, p. 96 (art. 1116, n. 8); Laurent, XV, n. 529; Planiol, II, 1re édit., n. 1117 *in fine*, 2e et 3e édit., n. 1075. — V. surtout Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 61-63, n. 16-17.

accordé dans la plupart des cas une protection illusoire; car souvent l'auteur de la violence sera inconnu, et, en supposant le contraire, il sera presque toujours insolvable : la violence est ordinairement l'œuvre de gens sans aveu, et les gens sans aveu sont généralement sans ressources (1).

Il faut remarquer que la différence dont nous venons de parler remonte au droit romain (2), et qu'elle a passé dans presque toutes les législations modernes (3).

Il est à noter qu'on la retrouve, par exemple, dans le Code civil allemand. Toutefois ce code en atténue la portée en admettant l'annulabilité non seulement quand l'autre partie a connu le dol émané d'un tiers, mais encore lorsqu'elle est en faute de l'avoir ignoré. Art. 123 (4).

(1) Cpr. Demante, V, n. 26; Demolombe, XXIV, n. 184; Thiry, II, n. 584; Vigié, II, n. 1175; Huc, VII, n 38. — V. surtout Bufnoir, *op. cit.*, p. 616 *in fine* et p. 617.

(2) L. 2, § 1, D., *De doli mali et met. excep.*, XLIV, 4; L. 5, C., *De rescind. vend.*, IV, 44. — V. aussi Accarias, 4e édit., II, n. 906; Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e édit, p. 451, 3e édit., p. 458. — Notre ancien droit était conforme. V. Pothier, *Oblig.*, n. 23 et 32 (édit. Dupin, I, p. 16 et 21).

(3) V. notamment C. civ. néerlandais, art. 1359 et 1364; C. civ. chilien, art. 1457 et 1458; C. civ. italien, art. 1111 et 1115; C. civ. espagnol, art. 1268 et 1269; C. fédér. des oblig., art. 24 et 26; C. civ. portugais, art. 663, al. 1, et 666, al. 1. — Cependant ce dernier code paraît avoir atténué la différence, car le premier alinéa de son art. 663 est ainsi conçu : « L'erreur provenant du dol ou de la mauvaise foi de l'un des contractants *ou d'un tiers directement intéressé à la convention* produit la nullité du contrat ». — Le C. civ. mexicain dit également : « ... L'erreur de fait annule le contrat : ... si elle procède du dol d'un tiers qui pouvait être intéressé dans le contrat. Dans ce cas, les contractants ont pareillement droit d'agir contre le tiers ». Art. 1296. — Mais le C. civ. de la Rép. Argentine déclare la convention annulable même quand le dol émane d'un tiers : « Le dol, dit-il, affectera la validité des actes entre-vifs, qu'il soit l'œuvre de l'une des parties ou qu'il provienne d'une tierce personne. S'il provient d'une tierce personne, les art. 941, 942 et 943 seront applicables ». Art. 935. Or, d'après l'art. 941 : « La force ou l'intimidation rendent l'acte annulable, encore qu'elle ait été employée par une tierce personne qui n'est pas intervenue dans cet acte ». L'art. 942 ajoute : « Si la violence exercée par un tiers a été connue de l'une des parties, le tiers et la partie instruite de la violence exercée sont responsables solidairement envers la partie violentée du paiement de tous dommages-intérêts ». Et enfin l'art. 943 dit : « Si la violence exercée par le tiers a été ignorée de la partie à laquelle préjudicierait l'annulation de l'acte, le tiers sera seul responsable de tous dommages-intérêts ».

(4) V. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 61-63, n. 15-17, et traduction du code civil allemand, p. 133, note, § III. — *Sic* C. fédér. des oblig., art. 24. — Comp. C. civ. japon., art. 96, trad. Motono et Tomii, p. 26.

111. Du principe que le dol n'est une cause d'annulabilité du consentement que lorsqu'il est commis par la personne à l'encontre de laquelle l'annulation est prononcée, découle une conséquence importante. Lorsque, dans un contrat où il y a plus de deux parties, une d'elles a consenti sous l'influence des manœuvres dolosives qui émanaient d'une seule des autres, la convention doit être maintenue au cas où il serait impossible de l'annuler au regard de l'auteur du dol sans l'annuler également au regard des cocontractants de bonne foi. Dans ce cas, la victime des manœuvres frauduleuses a seulement le droit de demander des dommages-intérêts à celui qui les a pratiquées.

Il en est ainsi, par exemple, lorsque, dans un contrat de société, une des parties a été déterminée à consentir par le dol d'un seul de ses coassociés et que les autres y sont demeurés complètement étrangers (1).

112. Que faut-il décider quand l'auteur du dol figurait au contrat en qualité de mari, de tuteur, d'administrateur ou, plus généralement, comme mandataire conventionnel ou légal? L'annulation du contrat peut-elle être prononcée contre la partie qu'il représentait? On s'accorde à répondre affirmativement, en se fondant sur ce que cette partie doit être réputée avoir fait elle-même tout ce que son mandataire a accompli pour contracter. Mais la doctrine est unanime pour ajouter que, si, en sus de l'annulation du contrat, il y a lieu à des dommages-intérêts, la partie représentée n'en sera pas tenue, car elle n'avait pas donné mandat de commettre le dol (2).

113. La formule même dont le législateur s'est servi dans l'art. 1116 prouve que la condition dont nous parlons est particulière aux actes juridiques qui supposent deux ou plusieurs parties, en un mot, aux conventions. Il s'ensuit que, dans une reconnaissance d'enfant naturel, dans une acceptation ou

(1) Demolombe, XXIV, n. 183. — V. cependant Huc, VII, n. 38 *in fine*, p. 58.

(2) Delvincourt, II, p. 679; Duranton, X, n. 186; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 303, texte et note 28, 5e édit., p. 506; Larombière, I, p. 90 (art. 1116, n. 10); Demolombe, XXIV, n. 187; Laurent, XV, n. 529, p. 607. — Cpr. Accarias, II, p. 1097.

une répudiation soit de succession, soit de communauté, le dol est susceptible d'invalider le consentement, alors même qu'il n'émane pas des personnes appelées à bénéficier directement de ces actes (1).

114. Ainsi que nous l'avons indiqué, lorsque le dol qui a déterminé une partie à contracter a été l'œuvre d'un tiers et que l'autre partie y est demeurée absolument étrangère, il ne peut motiver qu'une condamnation à des dommages-intérêts. Cependant, si l'erreur que ce dol a fait naître chez sa victime satisfait aux conditions exigées par l'art. 1110, elle constitue une cause d'annulabilité de la convention. Mais alors le vice qui est pris en considération, c'est l'erreur proprement dite, et non pas le dol (2).

N° 2. Il faut que le dol ait déterminé le consentement.

115. Il faut, en second lieu, *qu'il soit évident que, sans les manœuvres dolosives, l'autre partie n'aurait pas contracté* (3).

Nous tirerons de là deux déductions :

1° Le dol postérieur à la conclusion du contrat ne saurait en aucun cas être une cause d'annulabilité (4) ;

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 303, note 26, 5e édit., p. 505-506, note 26 ; Laurent, XV, n. 529 *in fine*.

(2) Toullier, VI, n. 94 ; Delvincourt, II, p. 463 ; Larombière, I, p. 90 (art. 1116, n. 9 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1106, 2e et 3e édit., n. 1064.

(3) V. Trib. civ. Seine, 3 août 1897, D. P., 98. 2. 51. — Alger, 10 mai 1899, *Loi*, 24 juin 1899. — Trib. civ. de Saint-Etienne, 31 déc. 1900, D. P., 1902. 2. 115. — Trib. com. Marseille, 27 déc. 1901, *Rec. de Marseille*, 1902. 1. 115. — Paris, 10 fév. 1904, *Droit*, 1er mars 1904.

(4) Civ. cass., 30 avril 1884, S., 85. 1. 366, D. P., 85. 1. 229. — Dans l'espèce, il s'agissait d'un contrat d'assurance sur la vie, et le dol avait consisté dans ce fait qu'au moment du paiement de la première prime, on avait dissimulé à la compagnie l'état de maladie grave où se trouvait alors l'assuré. La cour suprême, cassant un arrêt de la cour de Paris, a décidé que le contrat ne pouvait être annulé à raison de cette dissimulation, le consentement de l'une des parties ne pouvant être vicié par le dol de l'autre que si ce dol se produit lors de la formation du contrat. On objectait, il est vrai, qu'aux termes de la convention, la police ne devait avoir d'effet qu'après le paiement de la prime de la première année. Mais, comme a très bien répondu la cour suprême, on ne pouvait pas prétendre pour cela que l'obligation de la compagnie n'avait pris naissance qu'à cette époque, le paiement de la prime n'étant que « l'exécution d'une convention préexistante et l'accomplissement en temps utile d'une condition sans laquelle l'engagement de l'assureur se serait évanoui ». — Dans le même sens, sur le principe, Civ. rej., 29 janv. 1896, D. P., 96. 1. 556.

2° Il faut en dire autant des manœuvres dolosives pratiquées par l'une des parties à une époque où le contrat est déjà arrêté en principe et, pendant le cours des négociations. En effet, puisqu'on suppose que la partie était déjà décidée à contracter, le dol pratiqué contre elle n'aura pas eu pour résultat de la déterminer à contracter, mais seulement de lui faire accepter des conditions moins avantageuses. Nous n'avons pas ici, par conséquent, les manœuvres dont parle l'art. 1116, des manœuvres *sans lesquelles l'autre partie n'aurait pas contracté.* Et toutefois cette décision ne saurait être absolue. Un dol, pratiqué alors que le contrat est déjà arrêté en principe, peut avoir eu pour résultat d'empêcher la partie qui en a été victime de découvrir l'existence de certaines circonstances qui l'auraient infailliblement fait renoncer au contrat. Il est alors littéralement vrai de dire que, *sans ces manœuvres, elle n'aurait pas contracté,* et, par suite, le dol sera une cause d'annulabilité, aux termes de notre article [1].

116. On désigne généralement dans la doctrine sous le nom de *dol principal* le dol qui rend le contrat annulable, c'est-à-dire celui sans lequel la partie qui en a été victime n'aurait pas consenti. Ordinairement il fait naître chez la partie l'idée de contracter, mais, exceptionnellement, il peut se produire pendant le cours des négociations. Quant au dol qui n'entraîne pas l'annulabilité du contrat, c'est-à-dire celui sans lequel la partie n'en aurait pas moins contracté et qui a eu seulement pour résultat de l'amener à contracter à des conditions plus onéreuses, on le désigne sous le nom de *dol incident,* expression qui manque peut-être de justesse (car, ainsi qu'on vient de le voir, le dol qui survient pendant le cours des négociations peut quelquefois rendre le contrat annulable), et à laquelle nous préférons celle de *dol accidentel.* Les auteurs donnent en général des définitions assez défectueuses du dol *principal* et du dol *incident* ou *accidentel,* et il n'est pas certain que l'introduction de ces expressions dans la langue juridique n'ait pas contribué à embrouiller la matière beaucoup plus qu'à l'éclaircir [2].

(1) Demolombe, XXIV, n. 176 *in fine.*

(2) Cpr. Toullier, VI, n. 90; Duranton, X, n. 169-172; Aubry et Rau, IV, 4e éd.,

Si le dol qui a eu seulement pour résultat d'amener l'une des parties à contracter à des conditions plus onéreuses n'entraîne pas l'annulabilité de la convention, il donne, du moins, ouverture à une action en dommages-intérêts [1]. D'après la plupart des auteurs, le droit à l'indemnité, dans ce cas, découle de la disposition de l'art. 1382 [2]. Pour nous, il faut y voir une application de la théorie de la *culpa in contrahendo* [3].

117. L'annulabilité fondée sur le dol suppose une erreur de la part de celui qui en a été victime, et une erreur sans laquelle il n'aurait pas contracté. Mais alors cette annulabilité ne se confond elle pas avec celle résultant de l'erreur? Non, car l'erreur inspirée par le dol de l'une des parties sera toujours une cause d'annulabilité quand elle sera telle que l'autre partie n'aurait pas contracté si elle eût connu la vérité; tandis que l'erreur ayant une cause étrangère au dol ne porte atteinte à la validité du contrat que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet, ou sur la personne avec qui l'on a voulu contracter, dans les cas excep-

p. 302, 5e éd., p. 504; Larombière, I, p. 83 (art. 1116, n. 3); Demolombe, XXIV, n. 175. — V. surtout Laurent, XV, n. 523, p. 599 *in fine;* Huc, VII, n. 37; Bufnoir, *op. cit.*, p. 611; Virgile Rossel, *Manuel du dr. fédér. des oblig.*, n. 46, p. 63 *in fine.*

(1) Cette solution a toujours été admise : L. 13, § 3, D., *De contrah. empt.*, XVIII, 1; Pothier, *Oblig.*, n. 31. — Le C. civ. espagnol la consacre expressément : « Le dol incident oblige seulement celui qui l'a employé à payer des dommages-intérêts ». Art. 1270, al. 2.

(2) Delvincourt, II, p. 679; Duranton, X, n. 170; Demante et Colmet de Santerre, V, n. 26 et 26 *bis;* Toullier, VI, n. 91; Aubry et Rau et Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXIV, n. 177. — Cpr. Laurent, XV, n. 528. — Trib. civ. Seine, 3 août 1897, D. P., 98. 2. 51.

(3) V. *infra*, n. 362. — Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 610. — Si nous nous prononçons comme nous le faisons, c'est parce que la distinction même du dol principal et du dol accidentel suppose que les manœuvres ont été pratiquées par l'autre contractant. Lorsqu'elles ont eu pour auteur une tierce personne, il n'y a pas à distinguer entre le cas où elles entraînent l'annulabilité de la convention et celui où elles donnent simplement ouverture à une action en dommages-intérêts. Elles ne peuvent jamais avoir alors pour effet que de faire naître un droit à une indemnité, et ce droit ne saurait avoir pour base que le principe de l'art. 1382. La théorie de la *culpa in contrahendo* doit, au contraire, s'appliquer dans l'hypothèse prévue au texte, car, lors des pourparlers qui ont précédé la conclusion du contrat, la partie de laquelle émane le dol accidentel s'est tacitement engagée envers l'autre à ne rien faire pour que le contrat causât à celle-ci un préjudice injuste.

tionnels où le contrat est fait principalement en vue de cette personne. Art. 1110 (1).

C'est ainsi que l'erreur sur les motifs du contrat pourra entraîner l'annulation quand elle aura été inspirée par le dol, alors qu'elle n'empêcherait pas le contrat d'être valable si elle avait une autre cause. Par exemple, j'achète un cheval dans la fausse persuasion où je suis qu'un de mes chevaux est mort. C'est une erreur sur les motifs du contrat. Si cette erreur m'a été inspirée par le dol de mon vendeur, je pourrai faire annuler le contrat, tandis que je ne le pourrai pas, si elle a une autre cause, fût-ce le dol d'un tiers (2).

Presque tous les auteurs disent qu'il en serait de même d'une erreur sur une qualité non substantielle de la chose objet du contrat : une semblable erreur, qui, par elle-même, n'est pas une cause d'annulabilité, le deviendrait, si elle avait été inspirée par le dol de celui avec qui on a contracté (3). — Cette solution nous paraît erronée, au moins si on admet la définition que nous avons donnée des *qualités substantielles*. Nous avons dit que cette expression désigne les qualités que les parties ou l'une d'elles ont eues principalement en vue en contractant, celles dont l'absence reconnue aurait empêché le contrat; par conséquent les qualités *non substantielles* sont des qualités d'importance secondaire aux yeux des parties et en l'absence desquelles elles n'en auraient pas moins contracté. S'il en est ainsi, l'erreur sur une qualité non substantielle ne peut jamais rendre le contrat annulable, même quand elle a été inspirée par le dol de l'une des parties; car l'erreur résultant du dol n'est, comme nous l'avons dit, une cause d'annulabilité que lorsqu'elle a déterminé la conclusion d'un contrat qui n'aurait pas été fait sans cela (4).

(1) Ce point est mis en lumière dans le C. féd. des obligations : « La partie qui a été amenée à contracter par le dol de l'autre partie, n'est pas obligée, *même quand son erreur n'est pas essentielle* ». Art. 24. — Le C. civ. portugais fait résulter la nullité du contrat, non pas précisément du dol, mais de « l'erreur provenant du dol » ; aussi, dans son énumération des vices du consentement, il indique seulement l'erreur et la violence. V. art. 657 et 663.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 304, 5e édit., p. 507; Demolombe, XXIV, n. 181; Laurent, XV, n. 522; Huc, VII, n. 34, p. 52; Thiry, II, n. 583; Bufnoir, *op. cit.*, p. 609; Planiol, II, 1re édit., n. 1107-2°, 2e et 3e édit., n. 1065-2°.

(3) V. notam. Bufnoir, *loc. cit.*

(4) V. dans notre sens Planiol, II, 1re édit., n. 1108, 2e et 3e édit., n. 1066.

Ce que nous venons de dire de l'erreur sur les qualités non substantielles, il faut le dire aussi de l'erreur sur la personne de celui avec qui l'on a voulu traiter, lorsque la considération de cette personne n'était pas la cause principale de la convention : eût-elle été inspirée par le dol de celui avec qui l'on a contracté, elle ne sera pas une cause d'annulabilité, car il ne s'agit pas ici d'une erreur dont la découverte aurait empêché la conclusion du contrat. Il ne serait pas vrai de dire que « sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté »(1).

C. *De la preuve du dol.*

118. Conformément au principe que la preuve incombe au demandeur, celui qui se prévaut du dol doit en établir l'existence; il ne lui suffirait pas de l'alléguer. Comment fera-t-il cette preuve? Par tous les moyens possibles, même par témoins et par simples présomptions. Art. 1353.

Mais, en disant que le dol peut être prouvé par présomptions, l'art. 1353 ne se met-il pas en contradiction avec l'art. 1116, al. 2, qui dispose que le dol « ne se *présume* pas, et » doit être prouvé » ? Nullement. Ce dernier texte signifie que le dol ne se *suppose* pas, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas d'en alléguer l'existence, il faut le prouver; or les présomptions sont un moyen de preuve, exceptionnel il est vrai, mais dont la loi autorise ici l'emploi. Il serait d'autant plus exorbitant que, dans notre matière, le législateur eût proscrit les présomptions, qu'en fait l'auteur du dol s'applique toujours à ne pas laisser de trace de ses manœuvres. Ainsi, interdire l'emploi des présomptions, c'eût été, la plupart du temps, rendre impossible la preuve du dol (2). La disposition finale de l'art.

(1) Cpr. Grenoble, 29 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 103.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 304, 5e édit., p. 507; Demolombe, XXIV, n. 188; Laurent, XV, n. 530; Huc, VII, n. 39; Thiry, II, n. 585; Planiol, II, 1re édit., n. 1110, 2e et 3e édit., n. 1068. — Req., 21 oct. 1885, S., 86. 1. 173, D. P., 86. 1. 403: « Attendu..., porte cet arrêt, que l'art. 1116 C. civ., lorsqu'il pose le principe général que le dol ne se présume pas et doit être prouvé, ne fait pas obstacle à ce qu'aux termes de l'art. 1353 du même code, l'acte attaqué pour cause de fraude ou de dol ne soit annulé par le juge qui reconnaît ou constate la fraude ou le dol au moyen de présomptions graves, précises et concordantes ». — *Adde* Req., 1er fév. 1832, S., 32. 1. 139, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5043-7°; 20 déc. 1832, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5043-8°; 3 juin 1835, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4935-3°. — Amiens,

1116 est donc absolument inutile ; elle est même dangereuse en ce sens qu'elle peut faire naître une équivoque (1). Aussi le législateur italien a-t-il eu raison de ne reproduire que le premier alinéa de cet article (2).

Mais, si les présomptions sont admissibles pour la preuve du dol, c'est, bien entendu, à la condition qu'elles présentent les caractères exigés par l'art. 1353, c'est-à-dire à la condition qu'elles soient graves, précises et concordantes. On ne saurait donc, pas plus ici qu'ailleurs, faire usage de simples inductions dépourvues de ces caractères (3).

119. Le juge du fond a, au point de vue du fait, un pouvoir souverain quant à l'appréciation des éléments constitutifs du dol ; il lui appartient exclusivement de décider si les faits prouvés ont une gravité suffisante (4), si les manœuvres dolosives

6 mars 1844, S., 47. 2. 371. — Req., 21 fév. 1872, S., 72. 1. 367, D. P., 72. 1. 240. — Req., 28 juin 1881, S., 82. 1. 105, D. P., 82. 1. 161. — Trib. civ. Lyon, 20 déc. 1893, *Monit. Lyon*, 16 mars 1894. — Et même, d'après une jurisprudence aujourd'hui bien établie, quand il s'agit d'un acte authentique, le principe qu'il ne peut être reçu de preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu aux actes souffre une exception dans le cas de dol. V. notamment Req., 28 juin 1881, précité (V. les renvois dans S. et D.). — Civ. cass., 14 janv. 1885 (motifs), S., 88. 1. 13. — V. dans le même sens Larombière, art. 1319, n. 5, et art. 1348, n. 15 ; Demolombe, XXIX, n. 279, et XXX, n. 170 et 172 ; Laurent, XIX, n. 155 et 157. — *Adde* Code civ. Fuzier-Herman, art. 1116, n. 48 s., et art. 1319, n. 76 s.

(1) Si les auteurs du Code civil ont écrit le second alinéa de l'art. 1116, c'est parce qu'ils ont trouvé dans Domat cette proposition : « Comme le dol est une espèce de délit, *il n'est jamais présumé s'il n'y en a des preuves* ». *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XVIII, sect. III, n. 3 (édit. Rémy, I, p. 395). S'ils tenaient à exprimer la même idée, bien qu'elle soit surabondante, ils auraient mieux fait, pour prévenir une confusion regrettable, de ne pas reproduire le mot *présumer* et de s'inspirer plutôt de cette formule de Pothier : « Ces mauvaises manœuvres doivent être pleinement justifiées » *Oblig.*, n. 30 *in fine*. Cette formule reflète la décision de la L. 6, C., *De dolo malo*, II, 21 : « *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* ».

(2) C. civ. ital., art. 1115. — En général les législations étrangères ne renferment pas de disposition analogue à celle du second alinéa de notre art. 1116. Cependant on lit dans le C. civ. du Chili : « Le dol ne se présume pas, sauf dans les cas spécialement prévus par la loi. Dans les autres, il doit être prouvé ». Art. 1459.

(3) Laurent, *loc. cit.* — Liège, 5 avril 1862, *Pasicr.*, 63. 2. 42. — Req., 21 fév. 1872, précité (motifs) : « Attendu, dit la cour suprême, que le dol et la fraude font exception à toutes les règles et peuvent être établis par la preuve testimoniale et, par conséquent, à l'aide de présomptions, *pourvu que ces présomptions soient graves, précises et concordantes* ».

(4) Req., 5 déc. 1838, S., 38. 1. 951, D., *Rec. alph.*, v° *cit.*, n. 92 ; 2 mars 1840, S., 40. 1. 437, *op.* et v° *cit.*, n. 224 ; 5 août 1840, S., 40. 1. 907, D., *op. cit.*, v°

émanent de l'un des contractants, si ces manœuvres ont déterminé l'autre partie à consentir [1], en un mot, si, dans l'espèce, les conditions requises par la loi pour que le dol invalide les contrats se trouvent réunies. A cet égard, par conséquent, sa décision ne peut pas être censurée par la cour suprême [2].

Mais elle est, au contraire, sujette à cassation si elle a refusé d'annuler une convention pour cause de dol, alors que les faits, tels qu'ils ont été constatés par le juge du fond, présentent les conditions exigées dans l'art. 1116. Elle peut encore être déférée à la cour suprême si, en sens inverse, elle prononce l'annulation d'un contrat pour cause de dol, bien que les faits, en les supposant toujours exactement constatés, ne réunissent pas les conditions dont nous venons de parler [3].

IV. *De la lésion.*

120. La lésion est le préjudice qu'éprouve l'une des parties dans un contrat à titre onéreux, à raison de l'inégalité de valeur existant entre les prestations réciproques des contractants. Ainsi, dans la vente, le vendeur est lésé, lorsqu'il

Interdiction, n. 294; 25 mai 1880, D. P., 80. 1. 471; 15 juin 1881, D. P., 83. 1. 330; 21 oct. 1885, S., 86. 1. 173, D. P., 86. 1. 403; 28 oct. 1885, S., 86. 1. 200, D. P., 86. 1. 69; 21 juil. 1886, S., 87. 1. 316; 21 déc. 1886, S., 87. 1. 117, D. P., 87. 1. 230. — Civ. rej., 6 août 1894, D. P., 95. 1. 389, *Pand. franç.*, 96. 1. 5. — Req., 3 mai 1899, D. P., 1900. 1. 63; 31 déc. 1901, S., 1902. 1. 399, D. P., 1903. 1. 302, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 395; 30 avril 1902, D. P., 1902. 1. 288. — Le juge du fait est notamment appréciateur souverain du point de savoir si le silence gardé par l'une des parties, lors de la formation du contrat, sur des faits dont elle avait connaissance, constitue un dol par réticence invalidant la convention. — Req., 5 déc. 1838, précité.

[1] Req., 25 mai 1880, précité. — Civ. rej., 11 mai 1887, S., 87. 1. 456, D. P., 87. 1. 398. — Trib. civ. Seine, 3 août 1897, D. P., 98. 2. 51. — Req., 3 mai 1899, S., 99. 1. 312.

[2] Duranton, X, n. 168; Bédarride, *Tr. du dol et de la fraude*, I, n. 6; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 558, § 614, note 10; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 304, 5e édit., p. 508; Demolombe, XXIV, n. 174. — Req., 3 mai 1886, S., 86. 1. 351, D. P., 87. 1. 16.

[3] Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.* — Req., 5 déc. 1838, précité. On lit dans cette décision : « Attendu que la constatation et l'appréciation des faits constitutifs du dol sont dans les attributions exclusives des juges du fond, et que *la cour de cassation ne peut être appelée à vérifier que les conséquences en droit qui en ont été déduites* ». — Cpr. Civ. rej., 11 mai 1887, précité.

vend pour un prix inférieur à la valeur réelle de la chose; s'il vend pour un prix supérieur, c'est, au contraire, l'acheteur qui est lésé.

121. En principe, la lésion n'est pas considérée, dans notre droit, comme viciant le consentement de la partie qui en est victime, ou, du moins, comme le viciant assez profondément pour que la rescision du contrat puisse en être la conséquence (1).

(1) Nos anciens auteurs s'accordaient à décider que les mineurs pouvaient toujours, pour cause de lésion, se faire restituer contre les conventions. — Pothier, *Des oblig.*, n. 40.— V. aussi Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. XVII, 2e partie, ch. XI, n. 24, t. I, p. 889. — Mais ils étaient loin de s'entendre sur le point de savoir dans quels cas et sous quelles conditions il fallait reconnaître le même droit aux majeurs. Cependant ils décidaient unanimement que le partage devait être rescindé en faveur de ces derniers quand il leur causait une lésion de plus du quart. — Pothier, *Des oblig.*, n. 35. — On admettait aussi, sans difficulté, que, dans les contrats commutatifs ayant pour objet des immeubles, les majeurs pouvaient obtenir la rescision pour cause de lésion *énorme*, et, par là, on entendait une lésion dépassant la moitié du *juste prix*. — Pothier, *Des oblig.*, n. 34.— Toutefois c'était une question fort débattue que celle de savoir si, dans les ventes immobilières, la lésion était une cause de rescision aussi bien en faveur de l'acheteur qu'en faveur du vendeur. Plusieurs jurisconsultes, ainsi que la jurisprudence, se prononçaient pour l'affirmative. — V. Beaune, *Droit coutumier français, Les contrats*, p. 202, texte et note 7. — Pothier, notamment, était de cette opinion, mais avec cette restriction que l'acheteur ne devait pas être admis à restitution « *lorsque ce qui excède le prix intrinsèque est le prix de l'affection* ». *Des oblig.*, n. 38, *Du contr. de vente*, n. 373. — Ce n'est pas seulement dans la vente, mais, d'une façon générale, dans les contrats intéressés, ayant pour objet des immeubles, que les majeurs pouvaient opposer la lésion. Aussi les auteurs accordaient-ils l'action en rescision au copermutant majeur qui avait donné un immeuble en échange contre des choses dont la valeur était au-dessous de la moitié du juste prix de cet immeuble. — Pothier, *De la vente*, n. 627. — Sur l'ancien droit, relativement à la rescision de l'échange pour cause de lésion, V. Beaune, *op. cit.*, p. 223, texte, et p. 224, texte et note 1. — En ce qui concerne les ventes mobilières, la lésion, d'après tous les auteurs et même en vertu de la disposition expresse de plusieurs coutumes, n'entraînait pas leur rescision au profit des majeurs (Voir les citations dans Beaune, *op. cit.*, p. 200, note 1), sauf, suivant Pothier, dans le cas où ces ventes avaient pour objet des meubles de grand prix, par exemple des pierres précieuses ou des ouvrages d'orfèvrerie. *De la vente*, n. 340. — V. dans le même sens Despeisses, I, p. 29 et un arrêt du Parl. de Paris, du 21 juin 1510. — On étendait d'ailleurs généralement cette solution à tous les contrats ayant pour objet des meubles, et, en conséquence, la doctrine et la jurisprudence repoussaient la rescision dans le contrat de bail des immeubles, soit à loyer, soit à ferme, car, dans ce contrat, on dispose seulement des fruits de l'immeuble loué, c'est-à-dire de choses essentiellement mobilières. — Pothier, *Des oblig.*, n. 39, et *Du louage*, n. 36. — Cpr. Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. IV, sect. II, n. 8. — Cependant la Coutume

Cette règle est fondée sur des considérations économiques. Si la disproportion entre les obligations réciproques des parties pouvait entraîner la nullité des contrats, il faudrait, pour établir cette inégalité, déterminer la valeur des choses qui font l'objet des conventions. Or cette valeur dépend non seulement des circonstances de temps et de milieu, mais encore des goûts et des besoins des contractants, en d'autres termes,

de Bretagne admettait la rescision si la lésion portait sur un objet d'une valeur supérieure à cent livres. Art. 29.— V. Beaune, *op. cit.*, p. 242, texte et note 1. — De même on refusait l'action en rescision à celui qui avait donné des immeubles en échange d'autre chose, quelque lésion qu'il eût soufferte dans l'estimation de ces meubles. — Pothier, *De la vente*, n. 627.

La plupart des auteurs admettaient aussi que la lésion n'était pas une cause de rescision dans les contrats où, comme le disait encore Pothier, « le prix de la chose qui en fait l'objet étant très incertain, il est difficile ou presque impossible de déterminer quel en est le juste prix et de juger, par conséquent, s'il y a lésion au-delà de la moitié du juste prix ». Tous les contrats aléatoires étaient dans ce cas, par exemple la vente de droits successifs ou celle d'un usufruit. — Pothier, *op. cit.*, n. 37. — Pour d'autres citations, V. Beaune, *op. cit.*, p. 200, note 3. — Quant aux transactions, l'ordonnance de Charles IX, du mois d'avril 1560, dite l'*Edit des transactions*, avait décidé qu'elles n'étaient pas rescindables pour cause de lésion. Pothier, *op. cit.*, n. 36. — Cette ordonnance avait ainsi mis un terme aux discussions des Bartolistes qui se prononçaient en sens contraire. Elle s'appliquait même aux transactions qui intéressaient des mineurs, pourvu qu'elles eussent été faites dans les formes légales. — Beaune, *op. cit.*, p. 619. — V. Meynial, *Quelques notes sur l'histoire de la rescision pour lésion des contrats entre majeurs au moyen-âge, la glose, les glossateurs et les bartolistes* (Prato, tipografia Giachetti, figlio e C., 1904).

Dans la période du droit intermédiaire, la loi du 14 fructidor an III abolit « l'action en rescision des contrats de vente ou équipollant à vente entre majeurs pour lésion d'outre moitié », mais seulement à l'égard des contrats de cette nature qui seraient conclus à partir de sa publication. Art. 1er.

De plus elle suspendit provisoirement toute action et toute instance en rescision de ces contrats pour cause de lésion énorme. Art. 2. C'était là une mesure de circonstance prise à raison de la dépréciation des assignats et de l'impossibilité où l'on était, par suite, de fixer un prix en rapport avec la valeur réelle de la chose vendue. — V. dans Sirey, *Lois annotées*, 1re série, p. 317, le texte de cette loi et la note 1. — Quand la crise financière fut passée, la loi du 3 germinal an V leva la suspension provisoire ordonnée par l'art. 2 de la loi du 14 fructidor an III. Mais, comme la loi du 3 germinal an V ne déterminait pas dans quels cas et de quelle manière la lésion d'outre moitié pourrait être proposée et établie pour les ventes dont le prix avait été stipulé en assignats, ces lacunes furent comblées par la loi du 19 floréal an VI. Le mode d'estimation que cette loi établissait fut, par une loi du 2 prairial an VII, rendu applicable à la lésion en matière de partage; mais l'art. 3 de cette dernière loi déclarait inattaquables pour cause de lésion les ventes et reventes de biens originairement nationaux. — V. Sirey, *Lois annotées*, même vol., p. 448, texte et note 2.

de multiples éléments, essentiellement relatifs et variables. C'est assez dire que l'évaluation à laquelle il faudrait se livrer présenterait des difficultés insurmontables. D'ailleurs, en pratique, il est bien rare, il est même presque impossible que chacune des parties reçoive exactement l'équivalent de la prestation qu'elle promet ; les contrats sont, en effet, des actes de spéculation. Ils comportent donc naturellement une certaine inégalité entre les contractants, par suite une certaine lésion pour l'un d'eux. Si, dans tous les contrats commutatifs, une disproportion quelconque entre les prestations respectives des parties avait été considérée comme un vice du consentement, la plupart de ces contrats, pour ne pas dire tous, auraient été susceptibles d'être rescindés. Cette éventualité aurait jeté le plus grand trouble dans les relations civiles, car, le plus ordinairement, on se serait abstenu de conclure des conventions qui n'auraient offert aucune garantie de stabilité. Une pareille législation aurait porté une très grave atteinte à la liberté du commerce. Or cette liberté n'importe pas seulement aux particuliers ; elle présente encore au point de vue social un intérêt de premier ordre [1].

[1] Cpr. Demolombe, XXIV, n. 194 ; Laurent, XV, n. 485. — V. aussi Pothier, *Des oblig.*, n. 34. — V. une application du principe dans Trib. com. Saint-Etienne, 11 janv. 1899, *Loi*, 13 janv. 1899. — A raison des dangers que nous venons de signaler, il existe chez les divers législateurs modernes une tendance bien marquée à réduire de plus en plus le domaine de la rescision pour cause de lésion. On peut, il est vrai, noter un léger retour en arrière dans le C. civ. italien de 1866, d'après lequel il suffit que, dans les ventes immobilières, la lésion soit de moitié pour pouvoir entraîner la rescision au profit du vendeur. Art. 1529. Mais, dans la même matière, le C. civ. de Zurich de 1887, le C. général des biens pour la principauté de Monténégro, de 1888, le C. civ. espagnol, de 1889, le C. civ. allemand, de 1896, repoussent absolument la rescision pour cause de lésion. Cela résulte suffisamment de ce qu'ils la passent sous silence au titre spécial que chacun d'entre eux consacre à la vente. Ajoutez pour le C. civ. espagnol, l'argument tiré de ses art. 1293 et 1291-1° et 2°. Relativement à la solution de la question dans ce dernier code, V. Lehr, *Eléments de droit espagnol*, 1re partie, p. 379, n. 609, et 2e partie, p. 282, n. 532.

En ce qui concerne les partages, le C. civ. allemand ne parle pas non plus de la rescision pour cause de lésion, et le C. civ. de Zurich ne l'admet que si l'un des copartageants « établit à son préjudice une lésion *de plus du tiers de sa part nette* ». Art. 968. D'ailleurs, le C. civ. allemand, pas plus que le C. féd. suisse des obligations, ne renferme une disposition générale portant, comme notre article 1118, que la lésion est une cause de rescision dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. — V. toutefois, sur l'art. 138 de ce code, Saleilles, *De la*

122. Cependant le principe que la lésion n vicie pas les conventions n'est pas absolu ; on le voit par l'art. 1118 : « *La* » *lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou* » *à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué* » *en la même section* (c'est-à-dire en la section VII du cha- » pitre V du titre III) » (1).

Cet article admet donc deux exceptions.

La première concerne le partage et la vente immobilière. Le partage est rescindable pour lésion de plus du quart (2). La vente d'immeubles est rescindable en faveur du vendeur pour lésion de plus des sept douzièmes (3). La lésion peut être encore une cause de rescision en matière de société, dans le cas prévu par l'art. 1854. Le législateur ne précise

déclaration de volonté, p. 296-298, n. 95-98, et traduction du Code civil allemand, p. 155, note, § III. — V. pour le Code fédéral, Virgile Rossel, *Manuel du dr. féd. des oblig.*, p. 57, n. 41. — Quant à la disposition de l'art. 1291-1° et 2° du C. civ. esp., relative à la rescision pour cause de lésion au profit des mineurs et des absents, nous en dirons quelques mots quand nous expliquerons l'art. 1305 de notre Code civil.

(1) Il est inexact que ces deux exceptions soient réglées, ainsi que l'annonce l'art. 1118, dans la section indiquée par l'article précédent, c'est-à-dire dans la section VII du chapitre V du titre III. Les art. 1305 s. organisent, il est vrai, la rescision pour cause de lésion en faveur des mineurs ; mais l'art. 1313, relatif à la lésion qui atteint des majeurs, est simplement un article de renvoi, et, pour connaître les dispositions qui gouvernent cette hypothèse, il faut se reporter aux art. 887 et 1674.

(2) Art. 887. Le motif de cette disposition, c'est que le partage n'est pas un acte de *spéculation*, mais de *liquidation*. Aussi, suivant l'expression de Loysel : « L'égalité est l'âme des partages ». Pothier, qui se plaçait habituellement au point de vue du *for intérieur*, était d'avis qu'il en était ainsi dans toutes les conventions. Cependant il disait : « Quoique l'égalité est l'âme de tous les contrats de commerce, elle est encore requise avec plus d'exactitude dans les partages : tout notre droit français ne tend qu'à cette égalité ». *Des successions*, ch. IV, art. 6. — Cpr. Siméon, Discours devant le Corps législatif, Fenet, XII, p. 240.

(3) Art. 1674. Nous savons que cette solution se retrouve également dans l'ancienne doctrine ; mais, sous l'empire du Code, il ne suffit plus, pour que la lésion puisse motiver la rescision au profit du vendeur, qu'elle soit d'outre-moitié, il faut qu'elle soit de plus des sept douzièmes. Aujourd'hui comme autrefois, pour justifier cette décision, on donne la raison suivante : Le vendeur qui accepte de traiter à des conditions aussi désavantageuses, a agi sous l'empire d'un besoin impérieux d'argent et, par suite, d'une contrainte morale à laquelle il était hors d'état de résister. Il est donc juste qu'il puisse demander la rescision de la vente. V., pour l'ancienne doctrine, Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. IV, ch. IX, n. 9 (I, p. 487). — V. sur le motif de la disposition de l'art. 1674, Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 673.

pas quelle doit être alors son importance [1]. Mais cette disposition est relative à une stipulation qui n'a jamais eu lieu en fait, et elle est dépourvue, par suite, de tout intérêt pratique.

La seconde exception est relative aux mineurs. L'action en rescision leur est accordée pour toutes les conventions qu'ils ont passées et qui excèdent les bornes de leur capacité. Par conséquent, en cas de lésion, le mineur non émancipé peut attaquer toutes les conventions qu'il a faites lui-même, et le mineur émancipé, toutes celles pour lesquelles l'assistance de son curateur était nécessaire et suffisante, lorsque cette assistance n'a pas été obtenue [2].

123. Telles sont les seules exceptions que comporte la règle d'après laquelle la lésion ne vicie pas les conventions.

Dans quelques dispositions du Code civil, le législateur déclare que certaines conventions ne sont pas rescindables pour cause de lésion. Il ne faut point en conclure que la question puisse faire doute pour les contrats au sujet desquels le législateur ne se prononce pas spécialement. Les textes dont nous parlons sont absolument inutiles, et leur présence dans le Code s'explique uniquement par cette circonstance que les rédacteurs de celui-ci, quand ils les ont écrits, étaient dominés par des réminiscences de l'ancien droit. C'est ainsi qu'en disposant, dans l'art. 1683, que la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur, ils ont voulu trancher explicitement la controverse qui, sur ce point, divisait nos anciens auteurs, et peut-être y ont-ils tenu d'autant plus qu'ici ils se séparaient de Pothier, leur guide habituel. De même, s'ils ont expliqué formellement, dans l'article 1706, que la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange, c'est surtout parce que, dans ce cas encore, ils se prononcent contre l'opinion de Pothier. Quant au second alinéa de l'article 2052, aux termes duquel les transactions ne peuvent être attaquées pour cause de lésion, il constate simplement que la disposition de l'ordonnance du mois d'avril 1560 a passé dans le

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société*, n. 255-256.

(2) Art. 1305. V. notre tome III, n. 1944 s. — Cette exception, ainsi que nous l'avons dit, existait, elle aussi, dans l'ancienne doctrine.

droit moderne. Tout cela résultait déjà de la règle générale formulée dans l'art. 1118 (1).

Il s'ensuit notamment que, dans notre législation, le louage d'immeubles n'est pas rescindable pour cause de lésion (2).

124. Si, dans les cas expressément prévus par la loi, la lésion est une cause de rescision des contrats, c'est parce qu'elle constitue un vice du consentement : « Il y a *de l'imperfection dans le consentement* de la partie lésée », disait Pothier (3). Sous l'empire du Code, le fondement que nous assignons à la rescision pour cause de lésion est suffisamment révélé par la rubrique de la section où figure l'art. 1118. Cette section est intitulée « *Du consentement* » (4). Mais, comme c'est seulement par exception que la lésion rend les conventions rescindables, le législateur ne l'a pas comprise dans la disposition générale de l'art. 1109 avec l'erreur, la violence et le dol.

Dans les cas où la lésion peut faire prononcer la rescision des contrats, le vice du consentement résulte soit de la présomption que le contrat a été consenti sous la pression d'un besoin impérieux d'argent, soit de la fausse appréciation, par la partie lésée, des avantages qu'elle croyait retirer de la convention.

Pothier fait exclusivement dériver le vice du consentement de la fausse persuasion où était la partie lésée qu'elle recevait l'équivalent de ce qu'elle donnait (5). Demolombe repousse cette doctrine. D'après lui, le vice du consentement serait nécessairement le défaut de liberté, et non pas l'erreur (6). A

(1) Cpr. Demolombe, XXIV, n. 198.

(2) Duranton, XVII, n. 13 ; Duvergier, *Louage*, I, n. 102; Troplong, *Louage*, I, n. 3; Aubry et Rau, IV, p. 253; Demolombe, XXIV, n. 199. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re édit., n. 53, et 2e édit., n. 56. — Rouen, 21 mai 1844, S., 44. 2. 653, D. *Rép. alph.*, vo *Louage*, n. 96-1o. — Trib. civ. Roanne, 22 fév. 1894 (motifs), *Mon. jud. Lyon*, 3 sept. 1894. — Cpr. Poitiers, 29 avril 1863, S., 63. 2. 169.

(3) *Oblig.*, n. 33.

(4) *Sic* Marcadé, IV, n. 425; Demolombe, XXIV, n. 202; Bufnoir, *op. cit.*, p. 622 *in fine* et p. 623. — Cpr. Huc, VII, n. 40. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 304 *in fine*, et 5e édit., p. 509; Laurent, XV, n. 485.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Loc. cit.* — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 28 *bis*-II.

notre avis, le vice dont il s'agit a tantôt l'une, tantôt l'autre de ces deux causes. Dans le cas de rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes, le législateur présume que le vendeur a aliéné sous l'empire d'une contrainte morale résultant d'un besoin pressant d'argent et, par conséquent, que sa liberté était imparfaite. Mais, si le législateur a admis, en matière de partage, la rescision pour lésion de plus du quart, c'est parce qu'il a considéré, ainsi que Demolombe lui-même le dit dans un autre passage, que la lésion est alors le résultat « *soit d'une erreur,* soit de la position malaisée de l'un des cohéritiers qui était impatient d'obtenir son lot pour se procurer de l'argent » (1). Il faut remarquer d'ailleurs, pour se tenir en garde contre une confusion qui se produirait assez facilement, que, si la lésion suppose une fausse appréciation ou une contrainte morale, elle n'en est pas moins un vice distinct de l'erreur et de la violence. Lors, en effet, qu'il y a lésion, il n'est pas nécessaire, pour que le contrat soit rescindable, que la contrainte morale ou la fausse appréciation satisfassent aux conditions requises pour qu'elles puissent, par elles-mêmes, vicier le consentement (2).

V. *Disposition commune aux divers vices du consentement.*

125. « *La convention contractée par erreur, violence ou dol* » [ajoutez : *ou entachée de lésion*], *n'est point nulle de plein* » *droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou* » *en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la* » *section VII du chapitre V du présent titre* ». Ainsi s'exprime l'art. **1117**. Les développements que cette disposition comporte trouveront place dans le commentaire de l'art. **1304**. Là est le siège de la matière (3).

126. Il reste une question importante : la nullité ou rescision d'un contrat pour cause d'erreur, violence, dol ou lésion produit-elle ses effets à l'égard des tiers? Supposons la vente

(1) XVII, n. 413.
(2) Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 623 et 624.
(3) V. notre tome III, n. 2024-2041.

d'un immeuble ; le vendeur en fait prononcer la rescision par la justice pour l'une des causes qui viennent d'être indiquées. Par suite de la rescision, la vente est à considérer comme non avenue ; l'immeuble vendu redevient donc la propriété du vendeur, qui est même censé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire. Que le vendeur puisse alors demander la restitution de l'immeuble à l'acheteur ou ses ayants cause universels, ses héritiers par exemple, s'ils l'ont encore entre les mains, c'est incontestable. Mais, s'ils l'ont aliéné, le vendeur peut-il en réclamer la restitution au sous-acquéreur qui le détient, en supposant, bien entendu, que la sentence judiciaire qui prononce la rescision lui soit opposable, c'est-à-dire qu'il ait été mis en cause dans l'instance en rescision ?

D'une manière plus générale, la rescision produit-elle ses effets à l'encontre des ayants cause à titre particulier de l'acquéreur (acheteurs, donataires, créanciers hypothécaires, etc.), qui sont compris sous la dénomination collective de *tiers* ? Telle est la question. On la pose quelquefois dans des termes différents : l'action en rescision est-elle personnelle ou réelle ? L'action en nullité ou rescision est certainement *personnelle*, seulement il s'agit de savoir si elle ne ressemble pas par un certain côté à l'action réelle, en ce sens que ses conséquences pourraient atteindre les tiers. — L'affirmative nous paraît incontestable. Pour le cas de lésion, il y a un texte formel : c'est l'art. 1681, al. 2 ; et il nous semble que la même solution doit être admise lorsque la rescision a pour cause l'erreur, la violence ou le dol ; dans tous les cas elle doit réfléchir contre les tiers détenteurs. On lit, en effet, dans l'art. 2125, que : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit » suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, » ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothè- » que soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Ce que la loi dit de l'hypothèque doit être appliqué évidemment à tous les autres droits réels. Donc, si, étant propriétaire d'un immeuble en vertu d'une vente rescindable (pour cause d'erreur, violence, dol ou lésion, car la loi ne distingue pas), j'ai revendu moi-même cet immeuble, la rescision qui anéantira mon droit, anéantira par voie de conséquence celui

que j'ai conféré à mon acquéreur; car je n'ai pu lui transmettre plus de droits que je n'en avais moi-même. Les conséquences de la rescision seront donc opposables au sous-acquéreur, qui sera tenu de restituer l'immeuble, sauf son recours contre qui de droit [1].

Tout le monde admet l'exactitude de cette déduction en ce qui concerne la rescision fondée sur la violence ou l'erreur; mais on l'a contestée en ce qui concerne la nullité résultant du dol. Quelques-uns pensent que cette nullité ne peut être opposée qu'à l'auteur du dol et à ses ayants cause universels, mais non à ses ayants cause à titre particulier, acquéreurs, créanciers hypothécaires...Et la raison? « C'est que, dit-on, le » dol n'est point un vice du consentement, qu'il produit uni- » quement des effets personnels, qu'il peut seulement donner » lieu à des dommages-intérêts, et que c'est dans ces domma- » ges-intérêts que se trouve comprise l'annulation du contrat: » mais que cette annulation et les effets qui s'ensuivent n'ont » lieu qu'entre les parties et leurs héritiers ». — Le dol n'est point un vice du consentement! Mais le contraire est écrit dans l'art. 1109 et dans l'art. 1117. Sans doute la loi a pu concéder l'action en nullité à la victime du dol, à titre de réparation du préjudice causé par le dol, à titre de dommages et intérêts par conséquent, mais l'action en nullité ne devient pas pour cela une action en dommages et intérêts, dont les effets devraient se restreindre entre le créancier et le débiteur. Pour être concédée *à un certain titre,* une action ne perd pas son caractère. Celle qui résulte des faits dolosifs n'est une action en dommages-intérêts que lorsque ces faits ne sont pas imputables à l'une des parties. D'ailleurs, si le législateur avait voulu établir entre le dol, d'une part, et l'erreur et la violence, d'autre part, une différence aussi importante, comment expliquer qu'il n'ait même pas indiqué sa volonté sur ce point, et que, dans les art. 1117 et 1304, il ait placé sur la même ligne les trois vices du consentement?

[1] Nous venons de raisonner dans l'hypothèse d'une vente d'immeuble. Mais, s'il s'agissait de l'aliénation d'un meuble corporel, le sous-acquéreur de bonne foi serait fondé à invoquer la disposition de l'art. 2279, et, par conséquent, la question examinée ci-dessus ne pourrait pas se poser quant à lui.

Nous concluons que l'action en nullité fondée sur le dol, comme celle qui est fondée sur l'erreur, sur la violence ou sur la lésion, produit ses effets à l'égard des tiers [1].

127. Notons qu'aux termes de l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription en matière hypothécaire :* « Tout » jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un » acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a » acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en » marge de la transcription faite sur le registre. — L'avoué » qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de cent francs » d'amende, de faire opérer cette mention, en remettant un » bordereau rédigé et signé par lui au conservateur, qui lui » donne récépissé ». A défaut de cette mention, les tiers auraient pu être induits, par la transcription de l'acte résolu ou annulé, à traiter avec celui dont le droit a été anéanti par le jugement. Comme le dit fort bien Troplong : « C'eût été faire naître des erreurs de la formalité même qui est destinée à les dissiper » [2]. D'ailleurs ce que la loi prescrit par cette disposition, ce n'est pas la transcription du jugement, mais bien une simple mention [3].

§ II. *Des promesses et des stipulations pour autrui.*

128. « *On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son* » *propre nom que pour soi-même* ». Ainsi s'exprime l'art. 1119.

S'engager désigne ici le fait de celui qui joue le rôle passif dans le contrat, qui s'oblige ; *stipuler,* le fait de celui qui joue le rôle actif, qui contracte pour acquérir un droit. En un mot, c'est le débiteur qui *s'engage,* c'est le créancier qui *stipule.* Quelquefois le mot *stipuler* est pris dans un sens beaucoup plus large, comme synonyme de *contracter,* notamment dans l'art. 1122.

(1) *Sic* Duranton, X, n. 180 ; Colmet de Santerre, V, n. 27 *bis*-III ; Aubry et Rau, 4e édit., p. 259, 5e édit., p. 427 ; Larombière, I, p. 91 (art. 1116, n. 12) ; Demolombe, XXIV, n. 190 ; Arntz, III, n. 28 ; Laurent, XIX, n. 75-76 ; Vigié, II, n. 1178 ; Thiry, II, n. 588 ; Huc, VII, n. 41 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 618-620. — V. aussi ce dernier auteur, p. 612-616 (discussion approfondie). — Cass. belge, 2 juin 1826, *Pasicr.*, 26, p. 183. — *Contra* Marcadé, IV, n. 419.

(2) Troplong, *Transcrip.*, n. 213, p. 383.

(3) V. notre tome II, n. 947.

Dans l'esprit du législateur, la disposition de l'art. 1119 n'est qu'une conséquence de cette idée qu'un engagement n'est pas valable lorsqu'il n'engendre pas un lien de droit. Cette disposition comprend dans une même formule deux règles qu'il faut étudier séparément : 1° On ne peut en son propre nom s'engager que pour soi-même; 2° On ne peut en son propre nom stipuler que pour soi-même.

Ces deux règles viennent du droit romain, qui les énonçait en ces termes : « *De se quemque promittere oportet* » (1). « *Alteri stipulari nemo potest* » (2). On remarquera que notre code, à la différence des *Institutes* de Justinien, suppose que la stipulation ou la promesse déclarée impossible est celle qu'on fait pour autrui en son propre nom. On peut, en effet, dans notre droit, comme nous allons le voir, contracter pour un tiers au nom de celui-ci.

I. *De la règle qu'on ne peut en son propre nom s'engager que pour soi-même.*

129. La première des deux règles que nous avons trouvées dans l'art. 1119 se formule ainsi : *On ne peut en son propre nom s'engager que pour soi-même.* Vous m'avez promis que mon voisin consentirait, moyennant une certaine somme, à abattre un arbre qui gêne la vue de ma maison sur la campagne; vous m'avez promis cela *en votre nom personnel,* et non en celui du voisin, qui ne vous a pas donné mandat à cet effet; il est bien expliqué, on le suppose, que vous n'entendez pas vous engager vous-même par cette promesse. Elle n'oblige personne, ni vous, puisque vous ne l'avez pas voulu, ni le voisin, parce que vous n'aviez pas qualité pour cela.

Mais c'est seulement quand on parle *en son propre nom* que ce principe s'applique. Je puis obliger une autre personne en parlant *en son nom,* si, du moins, j'ai qualité à cet effet. Ainsi le mandataire, lorsqu'il agit dans les limites de son mandat, oblige le mandant, sans s'obliger personnelle-

(1) L. 83, pr., D., *De verb. oblig.* (XLV, 1). « *Qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit* ». *Instit.* de Justinien, liv. III, tit. XIX, §§ 21.

(2) *Instit.* de Justinien, *eod. tit.*, § 19.

ment. De même, le *gérant d'affaires* contracte des engagements obligatoires pour le *maître* et non pour lui-même.

En résumé, notre première règle signifie que la promesse pour autrui, faite par une personne *en son propre nom,* n'engage ni le promettant, ni le tiers dont le fait a été promis (1).

130. La portée de cette règle est limitée par la disposition de l'art. 1120, ainsi conçue : « *Néanmoins on peut se porter » fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf » l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis » de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

Se *porter fort* ou se *faire fort* pour quelqu'un, c'est promettre qu'il s'obligera à faire ce qu'on a promis qu'il ferait. Celui qui se porte fort s'oblige donc : il contracte une obligation personnelle de faire, qui consiste à obtenir la ratification du tiers dont il a promis le fait, *à rapporter sa signature,* comme on dit en style de palais. Et voilà pourquoi la promesse devient alors valable : elle n'est nulle dans l'hypothèse prévue par l'art. 1119, que parce qu'elle n'oblige personne; elle doit donc cesser de l'être, dès qu'il y a un obligé; or, le *porte-fort* est obligé.

Mais, en réalité, nonobstant le mot *néanmoins* par lequel il débute, l'art. 1120 ne renferme point une exception à la règle qu'on ne peut pas promettre valablement le fait d'autrui. Lors, en effet, qu'il y a clause de porte-fort, l'obligation qui se forme a pour objet, non pas le fait d'un tiers, mais le propre fait du promettant. Celui-ci s'engage à procurer l'engagement du tiers (2). En définitive, la disposition de l'art. 1120 signifie donc que, dans l'impossibilité où l'on est de faire naître un engagement à la charge d'une personne qui ne vous a pas donné mandat à cet effet ou dont on n'est

(1) Colmet de Santerre, V, n. 31 et 31 *bis,* I; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p 306, 5e édit., p. 510; Demolombe, XXIV, n. 210; Laurent, XV, n. 532; Huc, VII, n. 43; Bufnoir, *op. cit.,* p. 562-564; Planiol, II, 1re édit., n. 1059-1060, 2e et 3e édit., n. 1018-1019.

(2) Larombière, I, p. 108-109 (art. 1120, n. 1); Colmet de Santerre, V, n. 31 *bis,* I; Demolombe, XXIV, n. 213 et 221; Laurent, XV, n. 539; Thiry, II, n. 592; Planiol, II, 1re édit., n. 1061-1062, 2e et 3e édit., n. 1020-1021; Dalloz, *Rép. alph.,* vo *Oblig.,* p. 254 et *Suppl. au Rép. alph., eod.* vo, n. 73.

pas gérant d'affaires, on peut, du moins, faire naître un autre contrat tout différent, auquel le tiers qu'on voudrait obliger demeure étranger, mais qui, au point de vue pratique, supplée en partie à l'absence d'un lien obligatoire pour ce tiers.

131. Les mots *se porter fort, se faire fort* ne sont pas sacramentels : on peut les remplacer par toute autre formule équivalente, par exemple celle-ci : *promettre de faire ratifier* (1).

Il n'est même pas nécessaire que la volonté de se porter fort soit *exprimée,* elle peut être sous-entendue ; car, dans notre droit, la manifestation de la volonté des parties n'est soumise, en principe, à aucune forme solennelle (2).

C'est ainsi qu'une clause pénale à la charge de celui qui a promis le fait d'autrui devrait toujours être considérée comme impliquant de sa part l'intention de se porter fort (3).

Et, comme la promesse pour autrui faite au nom personnel du promettant ne peut avoir d'efficacité qu'autant que celui-ci se porte fort, puisque, autrement, la promesse n'oblige personne, il en résulte que les juges devront, pour peu que les circonstances s'y prêtent, admettre chez le promettant la volonté tacite de se porter fort ; on ne doit pas, en effet, supposer facilement qu'il ait entendu faire un acte inutile.

Quelques auteurs sont même allés jusqu'à dire que la volonté de se porter fort doit toujours être *présumée,* qu'elle doit être considérée comme sous-entendue. Mais, s'il en est ainsi, l'art. 1119, en tant qu'il déclare nulle la promesse pour autrui faite au nom personnel du promettant, va devenir une lettre morte ! car, avec la présomption dont il s'agit,

(1) Demolombe, XXIV, n. 214 ; Larombière, I, p. 109 (art. 1120, n. 2 ; Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-III ; Laurent, XV, n. 543 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 565 ; Dalloz, *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 81.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 306, 5e édit., p. 511 ; Demolombe, XXIV, n. 214-215.

(3) *Instit.*, § 21, *De inut. stipul.*, III, 29 ; L. 38, § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1 ; Pothier, *Oblig.*, n. 56 ; Duranton, X, n. 216 ; Zachariæ, § 346, note 8 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, XXIV, n. 217, et XXVI, n. 640 ; Laurent, XV, n. 540 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 566.

cette promesse sera toujours valable [1]. Nous préférons, par respect pour le texte de la loi, et pour lui conserver au moins une existence théorique, dire qu'il appartiendra au juge d'apprécier en fait si le promettant a entendu se porter fort, mais tout en reconnaissant qu'il devra presque toujours résoudre cette question dans le sens de l'affirmative [2]. Même en admettant qu'il y ait doute, on ne doit pas présumer chez le promettant l'intention de se porter fort. D'abord cette présomption, qui ne pourrait être que légale, n'est nulle part écrite dans la loi. Au surplus, on doit toujours interpréter les clauses équivoques dans le sens le moins onéreux pour le débiteur.

132. Insistons sur la nature de l'obligation du porte-fort. C'est, nous l'avons dit, une obligation de faire : le porte-fort s'engage à procurer la ratification du tiers dont il a promis le fait [3]. De deux choses l'une : ou le tiers ratifiera, et alors le porte-fort sera libéré; ou il refusera de ratifier, et alors l'obligation de faire, contractée par le porte-fort, demeurant sans exécution, ce dernier sera passible de dommages et intérêts, d'une indemnité, comme le dit l'art. **1120**, envers le stipulant.

Remarquons que le porte-fort ne garantit pas l'*exécution* du fait d'autrui; il ne garantit que la *ratification* du tiers. Le porte-fort est libéré dès que le tiers s'est *engagé* à faire ce qui a été promis pour lui, dès qu'il a consenti à *tenir l'engagement,* comme le dit l'art. **1120** : *tenir l'engagement,* c'est se l'approprier. Le porte-fort n'a pas à s'inquiéter de savoir si le tiers exécutera l'engagement, s'il fera ce qu'il a promis de faire : cela ne le regarde plus. Il y a donc une différence

(1) C'est en effet ce qu'ont soutenu les auteurs suivants : Marcadé, IV, n. 430-432; Bugnet sur Pothier, II, p. 34, note 1; Colmet de Santerre, V, n. 29 *bis* et 33 *bis*-III; Demolombe, XXIV, n. 216; Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation,* etc., n. 152, p. 158.

(2) V. dans ce sens Pothier, *loc. cit.;* Toullier, VI, n. 136; Duranton, X, n. 209; Zachariæ, *loc. cit.;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 306, texte et note 4, 5e édit., p. 511, texte et note 4; Larombière, I, p. 109 (art. 1120, n. 2); Planiol, II, 1re édit., n. 1065, 2e édit., 1024. — Bourges, 24 fév. 1832, S., 32. 2. 539, *Rép. alph.,* vo *Oblig.,* n. 3830. — Cpr. Laurent, XV, n. 533; Huc, VII, n. 43 *in fine.* — Cpr. aussi Bufnoir, *Propriété et contrat,* p. 564-566.

(3) V. Limoges, 22 juil. 1896, D. P., 99. 2. 93.

importante entre l'obligation du porte-fort et celle de la caution : le porte-fort promet qu'une personne *s'obligera;* la caution promet que le débiteur *exécutera son obligation;* le premier promet un engagement, la seconde garantit l'efficacité d'un engagement déjà pris, et s'oblige, par conséquent, à payer à la place du débiteur s'il ne le fait pas. Art. 2011 (1).

D'après le *C. fédér. des obligations,* au contraire, celui qui promet le fait d'autrui en se portant fort, garantit l'exécution de ce fait, et, par conséquent, joue le rôle de caution. Mais s'il en est ainsi dans cette législation, c'est en vertu d'une disposition formelle (2). Les commentateurs du Code fédéral décident même qu'il y a lieu de déroger à cette disposition quand le fait promis dépend essentiellement de la volonté du tiers, par exemple quand on s'est porté fort qu'un peintre fera un tableau. D'après eux, en pareil cas, pour que le promettant ne puisse pas être condamné à des dommages-intérêts, il suffit qu'il ait fait toutes les démarches nécessaires pour obtenir le fait d'autrui (3).

Mais, en droit français, rien ne s'oppose, bien entendu, à ce que la qualité de porte-fort soit doublée de celle de caution. Arg. art. 1134, al. 3. Tout dépend de la volonté des parties, que les tribunaux auraient à interpréter en cas de contestations (4).

Si, d'une part, comme nous venons de l'expliquer, on ne doit pas exagérer l'obligation du porte-fort, on doit, d'autre part, reconnaître toute son étendue. A quoi le porte-fort s'est-il engagé ? A faire ratifier, et non pas simplement à

(1) En sens conforme, v. Duranton, X, n. 208; Marcadé, IV, n. 433; Colmet de Santerre, V, n. 31 *bis*-I; Larombière, I, p. 112 (art. 1120, n. 7); Demolombe, XXIV, n. 221; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 306 *in fine*, 5e édit., p. 512; Laurent, XV, n. 543, p. 619; Bufnoir, *op. cit.*, p. 566 *in fine;* Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Oblig*, n. 260 et 261; Planiol, II, 1re édit., n. 1064, 2e édit., n. 1023, 3e édit., n. 1023-1025. — Cpr. Cass., 1er mai 1815, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 255 2°. — Toulouse, 14 janv. 1845, D., *eod.* v°, n. 256. — Grenoble, 18 août 1854, D. P., 55. 2. 78. — En sens contraire, Championnière et Rigaud, I, p. 177, n. 207-208.

(2) Art. 127. — V. Virgile Rossel, *Manuel du dr. fédér. des oblig.*, n. 141.

(3) Vogt, *Leichtfassliche Anleitung*, etc., p. 81; Virgile Rossel, *loc. cit.*

(4) Colmet de Santerre, même numéro *in fine*; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 307, note 9, 5e édit., p. 512, note 9; Demolombe, XXIV, *loc. cit.;* Laurent, XV, n. 544.

faire tout son possible pour obtenir la ratification. Il est donc passible de dommages-intérêts dès que cette ratification n'a pas eu lieu. Le stipulant, qui lui demande de ce chef une indemnité, n'a pas à établir que le défaut de ratification est dû à la faute ou à la négligence du porte-fort. Bien plus ! C'est vainement que ce dernier justifierait avoir fait toutes les démarches nécessaires pour amener le tiers à contracter l'engagement promis. Il ne pourrait éviter la condamnation à des dommages-intérêts qu'en prouvant que la ratification a été empêchée par un cas de force majeure (1), ou que l'inexécution de son engagement n'a causé aucun préjudice au stipulant (2).

133. Lorsque des personnes, en concluant un contrat synallamagtique soit pour leur compte, soit pour celui de tiers, leurs co-intéressés, par exemple leurs copropriétaires, se portent fort pour ces derniers, la ratification de cette promesse n'est pas nécessaire pour que les obligations réciproques engendrées par ce contrat soient exigibles (3). Si donc des majeurs vendent un immeuble indivis entre eux et des mineurs, et si, dans cette vente, ils se portent fort pour ces derniers, ils pourront, dès avant la ratification, réclamer le paiement du prix dans les termes du contrat, et, à défaut de ce paiement, poursuivre la résolution de la vente. Qu'on ne dise pas qu'ils s'empareront ainsi du bénéfice dû aux mineurs. Ceux-ci n'ont pas été parties à la vente, et, par conséquent, il ne leur est rien dû en vertu de ce contrat. L'art. 1653 C. civ. dispose, il est vrai, qu'en principe l'acheteur qui « a juste sujet de craindre d'être troublé.... par une action en revendication, peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ». Mais il ajoute que l'acheteur n'a pas ce droit lorsque, nonobstant le

(1) Poujol, *Tr. des oblig.*, I, p. 115, *in fine* (art. 1120, n. 10); Demolombe, XXIV, n. 220; Laurent, XV, n. 543, p. 619. — V. aussi Duranton, X, n. 218; Favard, *Répert.*, v° *Convention*, sect. 2, § 1; Larombière, I, p. 110 (art. 1120, n. 5); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 308, 5e édit., p. 514, *in fine*.

(2) Civ. cass., 1er mai 1815, S. chr., V. 1. 45, col. 3, D. *Rép.*, *alph.*, v° *Oblig.*, n. 255.

(3) Req., 27 juillet 1903, S., 1904. 1. 265, D. P., 1904. 1. 36, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 362.

trouble, il s'est engagé à payer. Or la convention de porte-fort suppose essentiellement que l'acheteur connaît le danger qui le menace, et cependant il s'oblige à payer le prix. Il y a d'autant moins lieu d'écarter dans cette hypothèse la disposition finale de l'art. 1653, que l'acheteur, à défaut de ratification, a un recours contre les vendeurs, puisqu'il peut leur demander alors des dommages-intérêts (1).

134. On peut se porter fort de l'engagement à prendre par un tiers, quel que doive être l'objet de cet engagement. Il n'est pas douteux, en effet, que, dans l'art. 1120, l'expression *fait* est prise dans son sens le plus large et qu'elle signifie une prestation quelconque.

Il peut donc s'agir aussi bien de la dation d'une chose que de l'accomplissement ou de l'abstention d'un fait (2).

D'après la jurisprudence, représentée notamment par un arrêt de la chambre civile, du 20 mars 1905, dans un partage d'ascendant, fait sous forme de donation, l'ascendant ou un donataire peut se porter fort de procurer l'acceptation de l'un des copartageants absent ou incapable ; cette clause renferme une promesse qui, licite en elle-même, oblige celui qui l'a faite; l'inexécution par lui de cette promesse le rend passible de dommages-intérêts et, par voie de conséquence, le rend non recevable à attaquer la donation qu'il avait promis de faire respecter (3).

135. Toutefois, en ce qui concerne l'emploi des clauses de porte-fort dans les contrats de mariage, une remarque est nécessaire. Quelquefois, à raison de l'absence des futurs époux, leurs parents se portent fort de leurs conventions matrimoniales. Plusieurs auteurs voient là avec raison un vestige de l'ancien contrat des fiançailles. C'est une erreur

(1) Larombière, I, p. 110 (art. 1120, n. 4); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 307, 5e édit., p. 513; Laurent, XV, n. 546, p. 622-624; D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 77. — Req., 25 mai 1852, S., 52. 1. 516, D. P., 52. 1. 279. — Trib. civ. Lyon, 25 mai 1900, *Loi*, 25 juin 1900.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 306, 5e édit., p. 511; Demolombe, XXIV, n. 218; Laurent, XV, n. 542.

(3) Civ. rej., 27 juillet 1892, S., 93. 1. 121. — Civ. cass., 21 juin 1893, S., 94. 1. 17 (note Tissier), D. P., 94. 1. 201 (note Planiol); 20 mars 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 441. — Cpr. Req., 5 nov. 1877, S., 78. 1. 214, D. P., 78. 1. 372.

de croire qu'en pareil cas la célébration du mariage vaut ratification de la part des époux. Leur consentement à l'adoption d'un régime matrimonial autre que le régime de droit commun ne peut être donné que par acte notarié. En outre, leur ratification ne peut intervenir utilement qu'avant la célébration de leur mariage. Arg. art. 1394. Faute par des époux d'avoir satisfait à ces exigences de la loi, les tribunaux ont annulé de nombreux contrats de mariage (1).

136. Mais, le plus fréquemment, en pratique, c'est pour des incapables et surtout pour des mineurs qu'on se porte fort. Afin d'éviter les frais et les lenteurs que l'incapacité des mineurs nécessite dans certaines opérations, leurs parents ou leurs tuteurs agissent en leur propre nom pour le compte de ces derniers, dont ils promettent la ratification.

On a fait observer avec raison qu'en fait ce procédé peut présenter de graves inconvénients, car, souvent, les personnes pour lesquelles on s'est porté fort, une fois arrivées à leur majorité, se considèreront comme moralement obligées, pour épargner à leurs parents, à leur tuteur, peut-être à leur père ou à leur mère, une condamnation à des dommages-intérêts, de ratifier une opération désavantageuse pour elles (2).

Quoi qu'il en soit, même quand elle est relative au fait de mineurs, la convention de porte-fort est incontestablement valable, car, en droit, elle ne crée aucune obligation à la

(1) Colmet de Santerre, V, n. 31 *bis*-II *in fine*, p. 36 ; Aubry et Rau, V, p. 233, texte et note 2 ; Demolombe, XXIV, n. 219 ; Larombière, I, p. 116 (art. 1120, n. 10) ; Laurent, XXI, n. 50. — Nîmes, 29 déc. 1841, S., 49. 2. 129, D. P., 42. 2. 219. — Toulouse, 15 juin 1844, S., *ibid.*, D. P., 45. 4. 101. — Nîmes, 9 mars 1846, S., *ibid.*, D. P., 49. 2. 83. — Limoges, 21 mars 1846, S., *ibid.*, D. P., 47. 2. 30. — Nîmes, 3 mai 1847, S., *ibid.*, D. P., 49. 2. 83. — Montpellier, 3 juil. 1847, S., *ibid.*, D. P., 47. 2. 144. — Nîmes, 8 janv. 1850, S., 50. 2. 91, D. P., 50. 2. 88. — Toulouse, 11 juin 1850, S., 50. 2. 505, D. P., 52. 1. 141. — Grenoble, 7 juin 1851, S., 51. 2. 613. — Nîmes, 6 août 1851, S., *ibid.* — Toulouse, 5 mars 1852, S., 52. 2. 257, D. P., 53. 2. 123 ; 20 juil. 1852, S., 52. 2. 451, D. P., 53. 2. 124. — Toulouse, 19 janv. 1853, S., 54. 2. 33, D. P., 53. 2. 244. — Pau, 1er mars 1853, S., *ibid.*, D. P., 53. 2. 122. — Montpellier, 9 déc. 1853, S., *ibid.*, D. P., 55. 2. 112. — Civ. rej., 29 mai 1854, S., 54. 1. 437, D. P., 54. 1. 207. — Civ. cass., 9 janv. 1855, S., 55. 1. 125, D. P., 55. 1. 28. — Nîmes, 12 nov. 1863, S., 63. 2. 251. — Civ. rej., 10 avril 1866, S., 66. 1. 190, D. P., 66. 1. 350.

(2) Zachariæ, § 346, note 8 ; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-II, p. 36 ; Demolombe, XXIV, n. 219.

charge de ces incapables, qui, au point de vue légal, restent libres de donner ou de refuser leur ratification [1].

137. Avant d'avoir ratifié, le tiers, dont on a promis le fait en son propre nom, est absolument étranger à la convention. Aussi l'administration de l'enregistrement reconnaît-elle que, lorsqu'un immeuble a été acquis par un majeur à la fois pour lui-même et pour un mineur dont il garantit la ratification à la majorité de celui-ci, c'est seulement après avoir été ratifiée par le mineur que l'acquisition peut être considérée comme le concernant [2].

Il va sans dire que, si, avant la ratification, on ne peut pas alléguer des obligations à la charge du tiers, celui-ci ne peut pas non plus se prévaloir des avantages que le contrat ferait naître à son profit. Aussi longtemps qu'il n'a pas ratifié, il n'a aucun droit. En conséquence, si une personne a acquis une chose pour un tiers dont elle n'était pas mandataire et pour lequel elle s'est portée fort, elle peut, tant que l'acquisition n'a pas été ratifiée, valablement transférer à une autre personne la propriété de cette chose [3].

138. Le fait qu'il a succédé au porte-fort ne met pas le tiers dans la même situation que s'il avait ratifié. Sans doute les obligations d'un défunt passent à ses héritiers, mais elles ne changent pas de nature en entrant dans leur patrimoine. Or le porte-fort s'était simplement engagé à payer une indemnité au cas où sa promesse ne serait pas ratifiée; en d'autres termes, il n'était obligé qu'à réparer le dommage résultant du défaut de ratification. Le tiers qui lui succède n'est donc tenu que de cette même obligation [4].

La jurisprudence a fait, de cette idée, l'application sui-

[1] Zachariæ, Demolombe, *loc. cit.*; Duranton, X, n. 218; Poujol, *Tr. des oblig.*, I, p. 116 (art. 1120, n. 11); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 306, 5e édit., p. 511; Laurent, XV, n. 542; Bufnoir, *op. cit.*, p. 566. — Civ. Cass., 1er mai 1815, S. chr., V. 1. 45, D. *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 255. — Douai, 5 juil. 1877, S., 78. 2. 45. — Limoges, 22 juil. 1896, S., 99, 2. 262, D. P., 99. 2. 93. — Trib. civ. Lyon, 25 mai 1900, précité. — Civ. Cass., 20 mars 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 441. — V. aussi Req., 29 mars 1852, S., 52. 1. 385, D. P., 54. 1. 392.

[2] Sol. adm. enreg., 25 juin 1875, D. P., 77. 3. 16.

[3] Toulouse, 27 juin 1839, S., 40. 2. 110.

[4] Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 515, texte et note 15 *ter*.

vante : lorsqu'un père, usufruitier légal des biens de ses enfants mineurs, les a donnés à bail pour une durée de dix-huit ans en se portant fort pour ses enfants, ceux-ci ne sont point tenus de subir la continuation du bail au-delà de l'expiration de la période de neuf ans en cours lors de son décès. Au cas de résiliation du bail avant que les dix-huit ans soient révolus, ils ne sont exposés qu'à un recours en dommages-intérêts (1).

139. La ratification de l'acte fait par le porte-fort, n'étant qu'une manifestation de volonté, n'est soumise à aucune forme spéciale, à moins, bien entendu, qu'elle ne produise un contrat solennel (2). Ainsi les mentions exigées par l'art. 1338, al. 1er ne sont pas nécessaires en ce qui la concerne (3).

De plus, il n'est point nécessaire qu'elle soit acceptée par le stipulant après qu'elle a eu lieu. Celui-ci l'a acceptée d'avance par cela seul qu'ayant donné son consentement lors de la convention originaire, il ne l'a pas rétracté avant que le tiers ratifiât (4).

140. La ratification, par le tiers, de la promesse de son fait est-elle valable alors même que le promettant ne s'est pas porté fort? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Cette circonstance que le promettant s'est porté fort ne présente d'intérêt que lorsque le tiers ne ratifie pas. Quand il en est autrement, la clause de porte-fort demeure sans effet. Les parties sont dans la même situation que si elle n'avait pas été stipulée. Cette clause est complètement étrangère à l'engagement pris par le tiers dont le fait est promis : Dès lors qu'importe, au point de vue de la validité de cet engagement, que la clause de porte-fort n'ait pas figuré dans la convention ? (5).

(1) Douai, 5 juil. 1877, S., 78. 2. 45, *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 80, note 1, et, sur pourvoi, Req., 22 juil. 1879, S., 80. 1. 20, *France jud.*, IV. 2. 222, D., *op. et* v° *cit.*, n. 100, note 1.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 308, 5e édit., p. 513; Demolombe, XXIV, n. 229; Laurent, XV, n. 548.

(3) Civ. rej., 3 mai 1852, S., 52. 1. 447, D. P., 52. 1. 143.

(4) Zachariæ, § 346, note 8 *in fine;* Aubry et Rau, Demolombe et Laurent, *loc. cit.* — Civ. cass., 27 août 1833, S., 33. 1. 373, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 53. — Bordeaux, 21 août 1848, S., 48. 2. 721, D. P., 49. 2. 40.

(5) Laurent, XV, n. 547, Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 514, texte et note 13 *ter*. — Req., 9 novembre 1853, D. P., 54. 5. 514.

Aussi, voulant à son tour limiter la portée de la règle qu'on ne peut pas promettre en son propre nom le fait d'autrui, le législateur espagnol de 1889 ne vise-t-il pas la clause de porte-fort et dit-il en termes généraux : « Le contrat conclu au nom d'un autre, dont on n'a pas l'autorisation ou la représentation légale, sera nul, à moins qu'il ne soit ratifié par la personne au nom de laquelle il a été fait, avant d'être révoqué par l'autre partie contractante » (1).

141. Mais, pour que la ratification puisse opérer, il est indispensable que le consentement du stipulant subsiste au moment où elle a lieu.

Or, jusqu'à cette époque, le stipulant a pu librement rétracter son consentement et, par conséquent, faire obstacle aux effets de la ratification (2). Cette faculté résulte, pour le stipulant, des principes généraux du droit ; jusqu'à la ratification, il y a simplement, de sa part, offre d'accepter l'engagement du tiers. Il n'est donc pas d'ores et déjà lié envers celui-ci. Quant à l'obligation du porte-fort, elle constitue pour le stipulant un avantage auquel il peut renoncer (3).

Tant que la ratification n'est pas intervenue, le porte-fort peut aussi, avec le consentement du stipulant, révoquer ou modifier la convention (4).

142. Quand les parties n'ont pas antérieurement dissous la convention et que le stipulant ne s'est pas dégagé avant la ratification, celle-ci engendre un contrat entre lui et le tiers dont le fait a été promis; désormais, le stipulant ne peut plus se rétracter et le porte-fort ne saurait, même d'accord avec lui, révoquer la convention ou la modifier (5).

Quant au promettant qui s'est porté fort, il est libéré.

Toutefois, si, dans la suite, la ratification est annulée, l'obligation du porte-fort doit être considérée, en règle géné-

(1) C. civ. espagnol, art. 1259, al. 2.

(2) Laurent, XV, n. 549 *in fine;* D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 81.

(3) Sol. expresse dans C. civ. espagnol, art. 1259, al. 2, précité.

(4) Laurent, Aubry et Rau, *loc. cit.* — Req., 12 fév. 1873, S., 73. 1. 457, D. P., 73. 1. 413.

(5) Laurent, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 5e édit., p. 513 *in fine,* D., *loc. cit.*

rale, comme n'ayant pas pris fin, et, par suite, nonobstant cette ratification, il doit une indemnité au stipulant. C'est qu'en effet, sauf dans les cas où il résulte des termes du contrat ou des circonstances du fait que l'exécution de la convention devait nécessairement résulter de la ratification telle quelle, on doit raisonnablement supposer que les parties ont eu en vue une ratification valable (1).

Ajoutons que la ratification fait obstacle à ce que le porte-fort puisse, soit, d'accord avec le stipulant, dissoudre la convention, soit, dans le cas dont nous parlerons bientôt (2), se substituer au tiers dont il a promis le fait (3).

142 I. Les effets du contrat que forme la ratification ne se produisent pas à l'égard de tous à partir de la même époque. Entre les parties, c'est-à-dire entre le stipulant et la personne qui a ratifié, et, plus généralement, à l'égard des personnes qui n'ont pas la qualité de tiers, ces effets remontent au jour de la promesse du fait d'autrui, car, par suite de la ratification, le promettant est censé avoir agi en qualité de mandataire (4).

Mais, au regard des tiers, ces effets ne datent que du moment de la ratification, et encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, qu'elle soit constatée par un acte ayant date certaine (5), et même, s'il s'agit d'une convention soumise à la transcription, que cette formalité ait été remplie (6).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 307, note 8, 5e édit., p. 512, note 8; Larombière, I, p. 113 (art. 1120, n. 8); Demolombe, XXIV, p. 223; D. *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 267.

(2) V. *infra*, n. 144.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 308, 5e édit., p. 513 *in fine;* Laurent, XV, n. 549.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 308, 5e édit., p. 514; Demolombe, XXIV, n. 230; Larombière, I, p. 112 (1120, n. 7); Laurent, XV, n. 550. — Req., 3 août 1859, S., 59. 1. 801, D. P., 59. 1. 419. — Civ. cass., 13 déc. 1875, S., 76. 1. 273, D. P., 76. 1. 97.

(5) Voyez les auteurs cités à la note précédente. — Voyez aussi Pothier, *Prescription*, n. 92; Troplong, *Prescription*, n. 910. — Cpr. Civ. rej., 4 août 1847, S., 49. 1. 649, D. P., 47. 1. 309.

(6) V. Aubry et Rau, Demolombe, Larombière, Laurent, *loc. cit.* — V. cependant Civ. cass., 4 mars 1891, S., 94. 1. 411, D. P., 91. 1. 313. — Cp. Req., 3 août 1859, S., 59. 1. 801 et 811, D. P., 59. 1. 419. — Civ. cass , 13 déc. 1875, S., 76. 1. 270, D. P., 76. 1. 97.

143. Quand le tiers dont le fait a été promis ne ratifie pas, le porte-fort, comme nous l'avons dit, est tenu de dommages-intérêts envers le stipulant.

On a soutenu qu'à défaut de ratification, ce dernier peut, si la nature des choses le permet, contraindre le porte-fort à exécuter le fait que le tiers ne veut pas s'engager à accomplir. En effet, a-t-on dit, le porte-fort est tenu d'indemniser le stipulant du préjudice que lui cause le refus de ratification, et l'exécution même du fait que le tiers aurait accompli, s'il avait ratifié, constitue évidemment la réparation la plus effective (1).

Cette théorie est, croyons-nous, manifestement contraire aux principes de la matière. Le dommage que le porte-fort s'est engagé à réparer, c'est celui qui est causé par la non obtention de la ratification, et non pas celui résultant de l'inexécution de la convention qui serait née de cette ratification, et à laquelle, au surplus, le porte-fort serait demeuré étranger (2).

144. Mais, si le porte-fort préfère exécuter lui-même le fait que le tiers refuse de promettre, il peut ainsi, à condition toutefois que cette exécution fasse disparaître tout préjudice pour le stipulant, éviter une condamnation à des dommages-intérêts (3).

Qu'on le remarque toutefois ! nous n'admettons pas pour cela que le porte-fort puisse toujours, quand bon lui semble et nonobstant la résistance du stipulant, se substituer au tiers et s'approprier le contrat dont il avait garanti la formation. Nous estimons seulement que, lorsque, faute de ratification, le stipulant demande des dommages-intérêts, le porte-fort

(1) Demolombe, XXIV, n. 224 ; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, I, n. 208. — Cpr. Limoges, 10 août 1850, S., 52. 2. 385, D. P., 55. 2. 184. — Voir dans le même sens que Demolombe les observations de Devilleneuve dans Sirey, sous l'arrêt précité.

(2) Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 514-515 ; Laurent, XV, n. 543, p. 620 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 567, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 78.

(3) Aubry et Rau, Laurent, D., *loc. cit.* ; Larombière, I, p. 111 (art. 1120, n. 6). — Cpr. Bufnoir, *loc. cit.* — Celui qui s'est porté fort pour un tiers est personnellement intéressé à l'exécution de la stipulation, et son droit passe à ses héritiers. Lyon, 31 juil. 1903, *Mon. judic. Lyon*, 24 sept. 1903.

peut, au lieu d'une indemnité, fournir à titre de réparation l'exécution même du fait promis, à supposer que ce fait puisse être aussi bien presté par lui que par les tiers. En effet, en pareil cas, il est tenu de mettre autant que possible le stipulant dans la même situation que si le tiers avait conclu le contrat promis, et, évidemment, en exécutant le fait dont il s'agissait, il remplit exactement son obligation, puisque, par hypothèse, ce fait peut être indifféremment accompli par lui ou par le tiers. Mais, si ce dernier ne s'est pas encore prononcé relativement à la ratification, ou même si, après le refus de ratification, le stipulant ne réclame pas de dommages-intérêts, le porte-fort ne peut pas se mettre au lieu et place du tiers ; car ce qui a été convenu entre le stipulant et le porte-fort, c'est que ce dernier indemniserait le stipulant si la ratification était refusée, et non point qu'il traitait à son choix ou pour son propre compte ou pour celui du tiers (1).

Avons-nous besoin d'ajouter que, si le porte-fort n'a pas, sous l'empire du droit commun, la faculté de se substituer au tiers, rien n'empêche que cette faculté lui soit reconnue par la convention intervenue entre lui et le stipulant. Toutefois, même quand cette clause existe, le porte-fort ne peut plus s'approprier le contrat dès que le tiers a déclaré le ratifier.

II. *De la règle qu'on ne peut pas stipuler en son propre nom pour autrui.*

145. Cette formule « *On ne peut pas stipuler en son propre nom pour autrui* » n'est guère que la traduction de l'énoncé de la vieille règle romaine : « *Alteri nemo stipulari potest* » (2). Précisons le sens de cette règle : Je stipule que vous donnerez dix à Paul ; je stipule cela en mon nom personnel, et non

(1) Laurent, XV, n. 545. — V. en sens contraire, Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 307, texte et note 10, 5e édit., p. 512, texte et note 10. — Toulouse, 27 juin 1839, S., 40. 2. 110, D. *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 259 et 278. — V. aussi Req., 27 juillet 1903, S., 1904. 1. 265, D. P., 1904. 1. 36, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 362. — Cpr. Demolombe, XXIV, n. 1226.

(2) Instit., § 19, *De inutil. stipul.*, III, 19.

en celui de Paul, dont je ne suis ni le mandataire ni le gérant d'affaires. Cette stipulation est *inutile*. En effet, Paul ne peut pas s'en prévaloir, parce qu'il y est demeuré étranger, et moi, je ne puis non plus en exiger l'exécution, parce que, suivant l'observation de Pothier, je n'ai aucun intérêt *appréciable à prix d'argent* à ce que vous donniez à Paul ce que vous avez promis de lui donner, et que le manquement à votre promesse ne peut, par suite, ouvrir en ma faveur aucun droit à des dommages-intérêts. Vous pouvez donc y contrevenir impunément, puisque personne ne peut vous forcer à l'exécuter : « Or, dit Pothier, rien n'est plus contradictoire avec l'obligation civile que le pouvoir d'y contrevenir impunément » (1).

En résumé, si la promesse que l'on fait en son propre nom du fait d'autrui, est nulle *faute d'obligé*, la stipulation que l'on fait en son propre nom pour autrui serait nulle *faute de créancier*.

La règle *Alteri nemo stipulari potest*, nous l'avons dit, est une survivance du droit romain. Celui-ci, même dans son dernier état, posait en principe l'inefficacité des stipulations pour autrui (2). Les jurisconsultes s'accordaient à décider que ces stipulations ne pouvaient produire d'effets ni à l'égard des tiers, ni même à l'égard des contractants. Ils fondaient cette décision sur une prétendue impossibilité juridique, sur le caractère de personnalité qui aurait été de l'essence des contrats (3). Ils n'admettaient même pas que la stipulation pour autrui fût valable quand elle était la condition d'une convention intéressée, et ils appliquaient ce principe non seulement

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 54 (édit. Dupin, I, p. 33). — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 308, 5e édit., p. 516 ; Larombière, I, p. 100 (art. 1119, n. 3) ; Demolombe, XXIV, n. 211 et 231 ; Laurent, XV, n. 551 ; Huc, VII, n. 45 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 568.

(2) Il admettait, au surplus, cette solution, non seulement pour la stipulation, mais pour tous les contrats et pour les pactes : *Neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*, L. 11, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7. — V. aussi L. 73, § 4, D., *De div. reg. juris*, L. 17. — C'était une conséquence de la règle qu'il était impossible d'acquérir un droit *per extraneam personam*.

(3) V. Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier* (Paris, Rousseau, 1898), p. 322, texte et note 2.

aux contrats de droit strict, mais encore aux contrats de bonne foi. Ils discutaient uniquement sur le point de savoir quel était l'effet de la nullité de la stipulation pour autrui, lorsqu'elle était accessoire à une stipulation pour soi-même. D'après les Sabiniens, le stipulant profitait même de la stipulation pour autrui. Les Proculiens, au contraire, ne reconnaissaient de droit au stipulant que dans les limites de la stipulation pour soi-même. La question était encore controversée sous le règne de Justinien (1).

En résumé, la règle *Alteri nemo stipulari potest* ne disparut jamais du droit romain. Mais, dès l'époque classique, on y apporta peu à peu, d'abord divers tempéraments, puis de véritables exceptions (2), qui laissaient suffisamment entrevoir que cette règle, considérée d'abord comme essentielle et fondée sur la nécessité, n'était, en réalité, qu'arbitraire et artificielle.

Quoi qu'il en soit, nous la retrouvons dans notre droit, et nous aurons à déterminer quel est son domaine actuel.

146. Mais une remarque est d'abord nécessaire. Cette règle suppose que celui qui a stipulé pour autrui a stipulé *en son propre nom;* car, s'il avait stipulé au nom du tiers, comme mandataire soit contractuel, soit légal, ou comme gérant d'affaires, la stipulation serait valable, puisqu'elle serait censée faite par le mandant ou par le maître.

Tel serait le cas pour les stipulations faites par un père en sa qualité d'administrateur légal des biens de ses enfants; mais il ne faudrait pas dire, comme l'a fait Toullier, que les pères sont, d'une façon générale, les mandataires légaux de leurs enfants (3). Ce serait une erreur manifeste (4).

147. D'un autre côté, il n'y aurait pas stipulation pour autrui, nulle aux termes de notre article, si, ayant stipulé une certaine somme pour moi, je stipule que vous la paierez entre les mains d'un tiers. Dans ce cas, il ne se forme pas d'obligation au profit de ce tiers; celui-ci n'est qu'un mandataire

(1) V. Edouard Lambert, *La stipulation pour autrui* (thèse), *Droit romain*, p. 3-14.
(2) V. Edouard Lambert, *op. cit.*, p. 15-150.
(3) Toullier, VI, n. 155.
(4) V. au surplus Duvergier sur Toullier, note *a*, *loc. cit.*

chargé de recevoir la chose due, un *adjectus solutionis gratia* (1). Aussi est-il obligé de rendre compte au créancier du paiement qui lui a été fait.

147 I. Quand la personne au profit de laquelle on stipule est elle-même présente à l'acte, il ne saurait y avoir stipulation pour autrui. Alors, en effet, cette personne est partie à l'acte; l'individu qui paraît stipuler à son profit n'est, en réalité, que son porte-paroles; elle doit donc être considérée comme ayant stipulé pour elle-même (2).

147 II. A peine est-il besoin de faire observer qu'on ne saurait voir une stipulation pour autrui dans la clause qui, sans imposer à l'une des parties de nouvelle obligation au profit d'un tiers, rappelle simplement un engagement précédemment contracté par elle envers ce tiers (3).

A. *Des cas où la stipulation pour autrui est valable.*

148. L'art. **1121** indique deux cas où la stipulation pour autrui est valable : « *On peut pareillement stipuler au profit » d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation » que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on » fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut » plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

Voyons quels sont exactement les deux cas prévus par cet article. Pour faciliter notre démonstration, nous renverserons l'ordre dans lequel ils sont indiqués par le législateur.

La stipulation pour autrui est valable lorsqu'elle *est la condition d'une donation que l'on fait à un autre.* Par exemple, je fais donation d'un immeuble à la condition, c'est-à-dire *sous la charge* de payer à telle personne, étrangère au contrat, une rente viagère de 1.000 francs par an (4). Cette stipu-

(1) L. 95, § 5, D., *De solut.*, XLVI, 3. — Demolombe, XXIV, n. 245; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 521, texte et note 21 *septies.*

(2) *Sic* de Loynes, note sous Bordeaux, 1er avril 1897, D. P., 98. 2. 169, *Journ. des arrêts de Bordeaux,* 1897. 1. 263; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 521, texte et note 21 *sexties.* — Caen, 30 déc. 1878, D. P., 80. 2. 1. — V. cependant Bordeaux, 1er avril 1897, précité.

(3) Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 521. — Req., 9 mai 1887, D. P., 88. 1. 181.

(4) On sait que le mot *condition* peut avoir des sens bien différents, notamment les deux suivants : tantôt il signifie un évènement futur et incertain à l'arrivée

lation est valable, car elle est pourvue d'une sanction. Si vous n'exécutez pas la charge, je pourrai, en vertu de la disposition de l'art. 953, demander la révocation de la donation que je vous ai consentie. Ainsi la stipulation pour autrui insérée dans une donation, c'est-à-dire dans un contrat qui, par lui-même, ne procure aucun avantage au stipulant, doit produire son effet [1].

La stipulation pour autrui est encore valable aux termes de l'art. 1121, lorsqu'elle est *la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même* [2]. Quelle est la portée de cette disposition? Dans la terminologie romaine, le mot *stipulation* est pris dans un sens étroit; il est opposé au mot *promesse* : stipuler, c'est provoquer une promesse, un engagement. Celui qui stipule retire du contrat un profit personnel. Mais, dans la suite, le terme *stipulation* a reçu une acception beaucoup plus large; on en est arrivé à désigner par cette expression l'action de figurer dans un contrat soit pour devenir créancier, soit pour devenir débiteur. Or, quand l'art. 1121 parle de « stipulation que l'on fait pour soi-même », il prend le mot stipulation dans le dernier sens. Ainsi, pour que la stipulation insérée en faveur d'un tiers dans un contrat à titre onéreux soit valable, il suffit que, dans ce contrat, en dehors de la stipulation pour autrui, le stipulant s'oblige; il n'est point nécessaire qu'une prestation doive être accomplie à son profit [3].

duquel est subordonné la naissance ou l'extinction d'un droit, tantôt il est synonyme de *charge*. Quelques auteurs pensent qu'il est pris ici à la fois dans les deux acceptions. En tant que s'appliquant à la stipulation que l'on fait pour soi-même, il aurait le premier sens. En tant qu'il se rapporte à la donation que l'on fait à un tiers, il serait pris dans la seconde acception. — V. Marcadé, IV, n. 434; Huc, VII, n. 46; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 571. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 38 *bis*-I; Demolombe, XXIV, n. 233 et 246. — Mais il nous paraît inadmissible que le législateur, n'employant qu'une fois le mot *condition*, lui ait donné deux significations. Cela supposerait de sa part un extrême dédain pour la précision. Cette interprétation est tellement contraire à toute vraisemblance que, d'après nous, il ne faut pas hésiter à la repousser.— Larombière, I, p. 118 (art. 1121, n. 2); Laurent, XVI, n. 552.

(1) V. sur les *fondations*, Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, I, n. 342-356.

(2) V. une intéressante application dans Req., 19 avril 1899, D. P., 1900. 1. 548.

(3) A plus forte raison faut-il, en présence des termes du l'art. 1121, admettre

L'exactitude de cette proposition ne saurait, d'après nous, paraître douteuse, alors, comme on l'a vu, que l'art. 1121, dans la suite de sa disposition, déclare que la stipulation pour autrui est encore valable quand elle constitue la charge d'une *donation* faite par le stipulant. Ici, en effet, ce dernier ne *stipule* pas pour lui-même au sens étroit du mot. Pourquoi faudrait-il qu'il en fût autrement au cas de contrats à titre onéreux? Si l'on résolvait la question par l'affirmative, quelle devrait être l'importance relative de la prestation due au stipulant? Cette prestation pourrait-elle être de beaucoup inférieure à celle qui devrait être accomplie au profit du tiers? Pourrait-elle être insignifiante? Exigerait-on, au contraire, qu'elle représentât une certaine quotité du total des charges résultant du contrat pour le promettant, par exemple la moitié, le tiers? La première de ces deux solutions rendrait le système puéril, car, pour que la stipulation au profit du tiers fût valable, il suffirait que le stipulant se fît promettre pour lui-même une prestation de valeur minime. Quant à la seconde solution, elle serait injustifiable, car elle impliquerait une appréciation purement arbitraire. On ne voit pas, d'ailleurs, pourquoi la stipulation pour autrui ne serait pas valable dès que le stipulant s'oblige, car celui-ci, au cas d'inexécution de cette stipulation, pourra demander la résolution du contrat, en vertu de l'art. 1184.

Nous croyons même qu'en dehors de tout engagement du stipulant, l'accomplissement par celui-ci d'une prestation au moment du contrat, notamment une remise de valeur, suffit pour rendre efficace la stipulation pour autrui. Je vous fais la dation d'une somme et je stipule de vous que vous exécuterez un certain travail dans l'intérêt de Paul. Si vous n'exécutez pas votre obligation, j'aurai contre vous une action en restitution. La stipulation pour autrui est donc valable (1). Ce principe nous paraît d'autant moins douteux

la validité de la stipulation pour autrui qui est jointe, non à un contrat synallagmatique, mais à une stipulation principale unilatérale. Dans ce cas le même contractant stipulera à la fois pour lui-même et pour un tiers. Planiol, II, 1re édit., n. 1284, al. 2, 2e et 3e édit., n. 1228, al. 2.

(1) Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 572.

que nous en trouvons une application dans l'art. 1973 C. civ. (1).

On voit que nous interprétons d'une façon large la disposition de l'art. 1121 (2). Mais l'historique de la matière autorise cette interprétation. Sans doute le droit romain, même dans son dernier état, posait en principe la nullité des stipulations au profit des tiers (3). Toutefois, si jamais les jurisconsultes romains n'ont songé à nier la légitimité du principe, la pratique a réussi, dès l'époque classique, en profitant de certaines autres institutions du droit civil, à obtenir indirectement le résultat auquel il faisait obstacle (4), et, plus tard, on est allé jusqu'à décider ouvertement qu'il admettait des exceptions (5) : c'est ainsi, pour nous en tenir à un des points qui présentent le plus d'intérêt au point de vue des origines du droit français moderne, que la stipulation pour autrui a été, du moins fort souvent, déclarée valable lorsqu'elle était insérée dans un contrat suivi de tradition et surtout dans un contrat *re* (6).

Les glossateurs, exagérant la portée des textes du droit romain qu'ils prétendaient interpréter, généralisèrent la solution et enseignèrent que la stipulation pour autrui était valable toutes les fois qu'elle était contenue dans un contrat innommé (7). Ceux de nos anciens auteurs qui ont surtout cherché à favoriser la formation du droit coutumier, ont considéré la théorie des glossateurs comme insuffisante. Ils ont

(1) *Sic*, en ce qui concerne la portée de la disposition de l'art. 1973, Duranton, XVIII, n. 141 ; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 694; Guillouard, *Contr. aléat.*, n. 128; Huc, XI, n. 341 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Contr. aléat.*, n. 200 et 203. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 266.

(2) Cpr. Marcadé, IV, n. 434; Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-I; Demolombe, XXIV, n. 232, 234 et 246; Laurent, XV, n. 552; Thiry, II, n. 594, p. 575; Huc, VII, n. 46; Planiol, II, 1re éd., n. 1286-2o, et 3e éd., n. 1230.

(3) V. Edouard Lambert, *La stipulation pour autrui* (thèse), *Droit romain*, § 3, p. 9, *in fine*.

(4) V. Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 438, texte et note 3, 3e édit., p. 445, texte et note 3, et surtout Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit romain*, §§ 7-96, 15-105.

(5) V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 522, p. 83-86 ; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 439 *in fine*-440, 3e édit., p. 446 *in fine*-447, et surtout Edouard Lambert, *op. cit.*, §§ 97-125, p. 105-134.

(6) Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit romain*, §§ 105-111, p. 113-119.

(7) Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit romain*, § 238, p. 244-245.

nettement dénoncé le caractère suranné de la règle romaine. Celle-ci, à leurs yeux, n'était qu'une subtilité rejetée par le droit français [1].

Nous croyons que les auteurs du Code civil ne sont pas allés tout à fait aussi loin. Ils ont reproduit dans l'art. 1119 la règle romaine, et, par là, ils semblent avoir voulu lui conserver dans notre droit quelque portée. Mais, dans l'art. 1121, ils ont consacré, dans une très large mesure, les progrès dont nous venons de parler. En d'autres termes, sous l'influence du respect que leur inspirait le droit romain, ils ont reproduit le vieux principe; mais, en réalité, ils ne lui ont fait qu'une part très réduite. Cette interprétation permet de maintenir le plus possible le système de nos vieux jurisconsultes coutumiers. Voilà qui suffit à l'autoriser. N'est-il pas naturel d'admettre que le législateur a suivi les traditions du droit national? Pour que cette interprétation soit légitime, il suffit qu'elle ne réduise pas à l'état de lettre morte la disposition de l'art. 1119, aurait-elle, d'ailleurs, pour effet de restreindre singulièrement le champ d'application de celle-ci.

Que faut-il donc, sous l'empire du Code civil, pour que la règle qu'on ne peut stipuler en son propre nom pour autrui soit applicable? Il faut d'abord qu'on ne soit pas dans un des cas prévus par l'art. 1121 (cas dans lesquels le législateur prend en considération le simple intérêt moral du stipulant). Il faut aussi qu'on ne soit pas dans un cas, fût-il non prévu par l'art. 1121, où l'exécution de la stipulation faite au profit d'un tiers présente pour le stipulant un intérêt pécuniaire. Sans quoi le stipulant puise dans cet intérêt une action contre le promettant [2].

L'exemple suivant va nous montrer ces deux conditions réunies : je stipule de vous, en mon propre nom et sans en retirer aucun avantage personnel, que vous donnerez une certaine somme au bureau de bienfaisance de telle ville; je ne vous remets, d'ailleurs, aucune valeur et je ne contracte aucune obligation envers vous. Cette stipulation est nulle.

[1] Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit français*, §§ 3 et 4, p. 3-4. — V. dans cet auteur des citations de Mornac, de Charondas et de Claude de Serre.

[2] V. *infra*, n. 150.

En fait, il est vrai, une pareille convention n'est susceptible de se rencontrer que bien rarement, à tel point qu'on peut la considérer comme une pure hypothèse d'école. N'importe, du moment que nous admettons dans ce cas l'application de l'art. 1119, nous expliquons la présence, dans notre législation, du premier des deux principes consacrés par ce texte.

Telle est, en ce qui concerne la stipulation pour autrui, la théorie qui nous paraît préférable. Elle a d'abord l'avantage de tenir suffisamment compte des besoins de la pratique, notamment de cadrer parfaitement avec le système élaboré par la jurisprudence en matière d'assurance sur la vie. Et cependant elle n'encourt pas le reproche de faire abstraction du vieux principe, consacré par l'art. 1119, qu'on ne peut stipuler en son propre nom au profit d'un tiers (1).

149. De ce que, dans les deux cas prévus par l'art. 1121, le stipulant peut agir en justice, certains auteurs concluent que, dans ces cas, la promesse faite au profit du tiers présente pour le stipulant un intérêt pécuniaire (2). Cependant il arrive souvent qu'il n'en est pas ainsi. Le stipulant n'a un intérêt de cette nature à l'exécution de la promesse que lorsque cette exécution doit avoir pour effet d'éteindre une dette qui existe à sa charge envers le tiers. Mais il en est autrement toutes les fois que la stipulation pour autrui constitue une libéralité faite par le stipulant au bénéficiaire. Le législateur est parti de cette idée que, dans cette hypothèse, l'intérêt moral est suffisant. Ce qui prouve bien qu'il s'est placé à ce point de vue, c'est ce fait qu'il a, d'une façon générale, et sans distinguer suivant que le stipulant veut ou non se libérer au regard du bénéficiaire, déclaré valable la stipulation pour autrui intervenant comme condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une donation qu'on fait à une autre personne. Il est donc indifférent que l'intérêt du stipulant soit simplement moral (3). C'est bien ainsi que la jurisprudence

(1) Cpr. Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit français*, § 10, p. 10; §§ 48-51, p. 59-69. — V. aussi Planiol, II, 1re édit., n. 1287, 2e et 3e édit., n. 1231.

(2) *Sic* Demolombe, XXIV, n. 232.

(3) Aubry et Rau, 5e édit., mise au courant par MM. G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault, VI, p. 516.

interprète la disposition de l'art. 1121. La cour de cassation a posé en principe « qu'en stipulant pour soi, on peut stipuler en même temps pour un tiers, lorsqu'on a un intérêt direct et immédiat, *fût-il même purement moral,* à cette stipulation » (1).

Dans un autre arrêt, relatif à une assurance sur la vie au profit de personnes déterminées, elle a décidé que « le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat » (2).

150. En dehors des cas prévus par l'art. 1121 la stipulation pour autrui, comme nous l'avons indiqué par anticipation, doit recevoir son effet si elle présente pour le stipulant un intérêt appréciable en argent. Lorsqu'on n'est pas dans les termes de l'art. 1121, l'intérêt simplement moral est insuffisant. D'une part, disons-nous, s'il y a pour le stipulant un intérêt appréciable en argent, la convention faite en faveur du tiers est valable. Cela n'est point inconciliable avec la disposition de l'art. 1119, car si, en principe, cette disposition ne reconnaît aucune force à la stipulation qu'une personne fait en son propre nom pour autrui, c'est parce que cette stipulation ne présente pas d'intérêt pécuniaire pour le stipulant. La règle n'est donc pas applicable quand la situation est différente. D'autre part, avons-nous ajouté, un intérêt moral ne suffirait pas, car l'interprétation contraire aurait pour résultat, ce qui est inadmissible, de rayer du Code civil la règle qu'on ne peut stipuler en son propre nom pour autrui. Ainsi, ayant pris envers Paul l'engagement d'exécuter certains travaux dans un délai déterminé et ne pouvant pas remplir personnellement cet engagement, je stipule de Jean qu'il exécutera ces mêmes travaux dans l'intérêt de Paul. Par là, en réalité, je stipule moins pour ce dernier que pour moi-même, car, en stipulant, je cherche à prévenir la condamnation à des dommages-intérêts qui serait prononcée contre

(1) Req., 30 avril 1888, S., 90. 1. 407, D. P., 88. 1. 291. — V. aussi Alger, 18 fév. 1875, D. P., 76. 2. 61.

(2) Civ. Cass., 16 janv. 1888, S., 88. 1. 127, D. P., 88. 1. 77. — V. aussi Civ. rej., 2 juill. 1884, S., 85. 1. 5, D. P., 84. 1. 151.

moi si les travaux dont il s'agit n'étaient pas terminés à temps; j'ai donc un intérêt pécuniaire dans cette stipulation, et, par suite, elle est valable [1].

151. Mais il est regrettable que les auteurs du Code, se plaçant à un point de vue étroit, n'aient pas pris en considération d'une façon générale, dans la stipulation pour autrui, le simple intérêt moral du stipulant. La difficulté que les juges, au cas d'inexécution, rencontreraient dans l'évaluation des dommages-intérêts dus à ce dernier, n'est pas une justification suffisante du système de la loi. Cela revient à dire que la règle qu'on ne peut stipuler en son propre nom que pour soi-même, devrait être supprimée. Car, si le législateur avait égard à l'intérêt moral, la stipulation qu'on fait en son propre nom en faveur d'un tiers devrait toujours être considérée comme valable. N'est il pas évident, en effet, qu'on doit présumer chez le stipulant l'existence d'un intérêt, tout au moins d'un intérêt d'affection, d'amitié? Est-il vraisemblable, est-il possible qu'une personne raisonnable stipule en son nom au profit d'un tiers, si elle n'est pas intéressée dans cette stipulation? Il se peut que l'intérêt ne soit pas connu des autres. Mais on ne peut pas supposer qu'il n'existe pas. C'est suffisant pour que la stipulation soit déclarée valable. Aussi le *Code fédéral des obligations* n'a-t il pas subordonné l'efficacité de la stipulation pour autrui à la preuve d'un intérêt dans la personne du stipulant [2]. Nous n'osons pas, toutefois, introduire cette solution dans l'interprétation du droit français; elle ne nous paraît pas conciliable avec les dispositions de nos art. **1119** et **1121**.

152. De sérieuses difficultés se sont élevées relativement à

[1] Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 308 *in fine*, 5e édit., p. 516 *in fine*, texte et note 517; Larombière, I, p. 103 (art. 1119, n. 7; Laurent, XV, n. 553; Huc, VII, n. 45, p. 67 *in fine;* Bufnoir, *op. cit.*, p. 569 et p. 572. — Cpr. Req., 21 déc. 1859, D. P. 60. 1. 26. — V. aussi *Instit. Justin.*, § 20, *De inutil. stipul.*, III, 19; L., 38, § 20, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1; Pothier, *Oblig.*, n. 58 édit. Dupin, I, p. 35.

[2] « Celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers, a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. — Le tiers ou ses ayants-droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties... ». Art. 158.

la distinction qu'il convient d'établir entre les cas où la stipulation pour autrui est valable comme gestion d'affaire, et ceux où elle est nulle par application de l'art. 1119. Le gérant d'affaire peut-il valablement stipuler en son propre nom pour le maître ? Il faut, croyons-nous, répondre affirmativement si la stipulation rentre dans une gestion déjà commencée. Alors, en effet, étant d'ores et déjà comptable envers le maître, le gérant a un intérêt personnel et pécuniaire dans la stipulation pour autrui (1).

Mais, a-t-on dit, toute personne qui stipule en son nom au profit d'un tiers, devient par là même gérant d'affaire, et, en conséquence, la stipulation est valable, alors même qu'elle ne se rattache pas à des actes de gestion antérieurs. Par hypothèse, il est vrai, le stipulant n'a pas déclaré qu'il agissait comme gérant d'affaire; mais qu'importe qu'il n'ait pas pris expressément cette qualité? n'est-il pas certain que son intention était de la prendre? Il ne faut pas attacher de l'importance à une simple différence de mots (2). Nous n'hésitons pas à repousser cette opinion, car elle a pour conséquence d'effacer la seconde des règles écrites dans l'art. 1119 (3).

Aubry et Rau pensent, eux aussi, qu'en principe la stipulation qu'une personne fait pour autrui en son propre nom ne constitue pas une gestion d'affaire. Mais, d'après eux, une pareille stipulation doit, par exception, être validée dans deux cas, savoir quand elle est relative à une gestion entreprise antérieurement, et quand « elle a pour objet la conservation ou l'entretien de choses faisant déjà partie du patrimoine de celui au profit duquel la stipulation a été faite » (4). Nous avons admis la première de ces exceptions; mais, à nos yeux,

(1) Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 309, 5e édit., p. 517; Demolombe, XXIV, n. 237.

(2) Bugnet sur Pothier, II, p. 35, notes 2 et 3; Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-III; Labbé, *Ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 56, et notes dans Sirey, 77. 1. 393 et 88. 2. 49; Demolombe, XXIV, n. 238; Planiol, II, 1re édit., n. 1278-1281, 2e et 3e édit., n. 1222-1225. — Cpr. Alger, 18 fév. 1875, D. P., 76. 2. 61.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 309, note 20, 5e édit., p. 518, note 20; Levillain, note dans D., 79. 2. 25. — Cpr. Laurent, XV, n. 555-557; Bufnoir, *op. cit.*, p. 586-588.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 309, 5e édit., p. 517.

la seconde n'est point justifiée. Cette circonstance que la stipulation tend à conserver ou à entretenir une chose qui figure déjà dans le patrimoine du tiers n'implique nullement que le stipulant fût intéressé à obtenir la promesse. Si l'on va aussi loin que le font Aubry et Rau, il n'y a pas de raison pour qu'on n'aille pas plus loin encore.

153. Les auteurs enseignent en général que la stipulation pour autrui est valable à raison de l'intérêt qu'elle présente pour le stipulant, lorsque la convention contient une clause pénale visant le cas où la promesse ne serait pas exécutée : par exemple, je stipule que vous abattrez un arbre qui gêne la vue de Pierre, votre voisin, et nous ajoutons que, si vous ne le faites pas, vous me paierez la somme de 1.000 fr. A cette objection que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, les auteurs répondent que ce principe souffre exception toutes les fois que la stipulation est nulle faute d'intérêt chez le créancier. La clause pénale fait apparaître l'intérêt, puisqu'elle n'est autre chose que l'évaluation de celui-ci. Elle purge donc le vice [1]. Ainsi, au point de vue de la validité de la stipulation pour autrui, la plupart des auteurs assimilent cette hypothèse à celles dont nous venons de parler, notamment aux deux que le législateur a prévues dans l'art. 1121. Il faut en conclure que, d'après ces auteurs, toutes les fois qu'une clause pénale a été ajoutée à la stipulation pour autrui, l'exécution de cette dernière peut être poursuivie soit par le stipulant, soit par le tiers lui-

[1] Delvincourt, II, p. 518; Toullier, VI, n. 814; Duranton, XI, n. 330; Marcadé, IV, n. 435; Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-I; Demolombe, XXIV, n. 233, et XXVI, n. 641; Laurent, XV, n. 553, p. 630, et XVII, n. 429, p. 430; Planiol, II, 1re édit., n. 1288, 2e et 3e édit., n. 1232. — Marcadé, qui est peut-être celui de tous ces auteurs qui résout la question de la façon la plus catégorique, s'exprime en ces termes : « Ainsi vous vous obligez envers moi à faire telle ou telle chose pour Pierre ; mais nous convenons que, si vous ne le faites pas, vous me payerez 1.500 fr. de dommages-intérêts. Dans ce cas il est clair que j'ai intérêt à ce que vous fassiez la chose. Qu'importe que cet intérêt ne soit pas apparent par soi et appréciable pour tous, puisque le contrat même l'apprécie et l'assure ? Je pourrai donc vous poursuivre, *vous contraindre à exécuter; en cas de refus, me faire autoriser par la justice à faire exécuter par d'autres à vos frais, si la nature de la chose le permet* ». On verra que Pothier, à qui ces auteurs sont censés avoir emprunté leur solution, ne dit rien de tout cela.

même, car il en est ainsi, dans notre droit, toutes les fois que la stipulation pour autrui est valable [1].

A notre avis, il faut repousser la théorie que nous venons d'exposer. Elle se réclame, il est vrai, de l'autorité de Pothier. Mais est-il exact que celui-ci l'ait enseignée? Voici en quels termes il résout la question, lorsqu'il traite de la nature des clauses pénales : « *Ce principe que la nullité de l'obligation primitive entraîne celle de l'obligation pénale, reçoit exception dans le cas d'une obligation à l'accomplissement de laquelle celui, envers qui elle a été contractée, n'a aucun intérêt appréciable,* puta, *cum quis alteri stipulatus est.* Nous avons vu ci-dessus, n. 54, que cette obligation était nulle; néanmoins l'obligation pénale qui y est ajoutée est valable... La raison est que l'obligation principale n'est nulle, en ce cas, que parce que le débiteur y peut impunément contrevenir, *celui, envers qui elle a été contractée, n'ayant, en ce cas, aucuns dommages-intérêts à prétendre en cas d'inexécution :* l'obligation pénale, qui est ajoutée, purge ce vice, en empêchant le débiteur d'y pouvoir contrevenir impunément » [2].

De quel vice Pothier parle-t-il? De celui qui consistait en ce que le stipulant ne pouvait pas, avant l'adjonction de la clause pénale, demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation principale. Désormais, par conséquent, il en sera autrement : le créancier aura le droit de réclamer des dommages-intérêts; mais c'est dans cette mesure seulement que l'obligation principale produira de l'effet. Le créancier ne pourra pas poursuivre l'exécution de cette obligation, et le tiers ne le pourra pas davantage. Pothier ne prétend point d'ailleurs que la clause pénale démontre l'intérêt du stipulant. Et cela se comprend, car elle peut simplement constituer un moyen de contrainte, et il se peut que le stipulant ait tenu d'autant plus à recourir à ce moyen qu'il savait ne pas avoir le droit de poursuivre l'exécution de la stipulation

[1] Toutefois il est remarquable que, nulle part, aucun de ces auteurs, sauf M. Planiol, ne mentionne, au sujet de notre hypothèse, l'action qui appartiendrait au tiers.

[2] *Oblig.*, n. 340 (édit. Dupin. Dans d'autres éditions, n. 339).

pour autrui (1). Dans ces conditions, est-il vrai de dire que cette stipulation devient valable?

Nous n'hésitons pas à déclarer la solution de Pothier excellente. Mais le point de vue auquel il se place pour la justifier nous paraît fort contestable. Les règles de la clause pénale sont ici hors de cause. Nous sommes en présence de deux stipulations principales, dont l'une est pure et simple, et l'autre sous condition suspensive. La première est nulle, mais l'inaccomplissement de la prestation qui en est l'objet constitue la condition à l'événement de laquelle est subordonnée la naissance de la seconde obligation. En cela rien d'illicite, rien qui ne soit fort juridique. Si la première obligation ne vaut pas comme telle, il ne s'ensuit pas que son inexécution ne puisse pas avoir la portée d'une condition, la convention que nous avons supposée tout à l'heure vaut du moins comme pouvant être ramenée à ceci : « Vous me payerez 1.000 fr., si vous n'abattez pas l'arbre qui gêne la vue de Pierre, votre voisin » (2).

Ainsi, par cela seul que la prestation stipulée au profit d'autrui n'est pas accomplie, le créancier peut réclamer l'exécution de celle qu'il a stipulée pour lui-même. Mais là s'arrête son droit. Si, au contraire, il s'agissait vraiment d'une clause pénale, le créancier aurait le choix entre l'exécution de l'obligation principale et celle de l'obligation accessoire (3).

(1) C'est bien ainsi que Aubry et Rau doivent avoir compris le passage de Pothier, car ils formulent cette proposition : « Il suffit, *même en l'absence de tout intérêt pécuniaire existant dans la personne du stipulant*, que la stipulation ait été accompagnée d'une clause pénale, pour qu'il en résulte en sa faveur une action en paiement *de la somme portée dans la clause pénale*, contre l'autre partie qui refuserait d'accomplir son engagement ». IV, 4e édit., p. 309, 5e édit., p. 517. — V. aussi même vol., 4e édit., p. 113, texte et note 3, 5e édit., p. 188, texte et note 3. — Il n'est pas douteux que si MM. Aubry et Rau reconnaissaient au créancier le droit de demander l'exécution de la stipulation pour autrui, ils s'exprimeraient autrement.

(2) Les commentateurs du droit romain diraient que, dans notre cas, il y a une *stipulation pénale principale*, ou, en d'autres termes, une *fausse clause pénale*, c'est-à-dire une de ces stipulations dont voici le type : « *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes ?* » V. Accarias, 4e édit., II, n. 539; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 614 s., 3e édit., p. 653 s.

(3) *Sic* Larombière, I, p. 102 (art. 1119, n. 6). — M. Huc, dans son tome VII, examine deux fois notre question. Dans le n. 45 *in fine*, il exprime la même idée que

Pothier, d'ailleurs, prévoit déjà le cas dans un précédent passage de son *Traité des obligations*, au sujet des stipulations pour autrui. La façon dont il s'exprime dans ce passage est bien plus conforme aux principes : « Je ne puis pas, à la vérité, dit-il, stipuler en mon nom, que vous ferez présent à Jacques du *Thesaurus* de Meerman, parce que c'est stipuler pour autrui; c'est stipuler une chose à laquelle je n'ai aucun intérêt; mais je peux utilement stipuler que si, dans un tel temps, vous ne faites pas présent à Jacques du *Thesaurus* de Meerman, vous me paierez vingt pistoles pour le pot-de-vin d'un marché que nous faisons ensemble; car, en ce cas, le présent que vous devez faire à Jacques *n'est qu'une condition*; *l'objet de la stipulation est que vous me donnerez vingt pistoles,* et cette somme que je stipule est une chose que je stipule pour moi, et que j'ai intérêt d'avoir » (1). Ici, Pothier ne dit point que la stipulation pour autrui est validée, mais simplement qu'elle joue le rôle de condition. On remarquera qu'il n'emploie pas les mots *clause pénale* (2).

B. *Effets de la stipulation pour autrui.*

154. Revenons à la disposition de l'art. **1121**. Dans les deux cas prévus par ce texte, la stipulation pour autrui, nous l'avons dit, est valable, et, par suite, le stipulant a une action pour exiger du promettant l'exécution de cette stipulation lorsque le tiers a déclaré l'accepter (3).

Mais la stipulation pour autrui est destinée à produire aussi un droit au profit du tiers. Dans quelles conditions ce

Aubry et Rau : « Si le lien de droit existe, dit-il, cela tient uniquement à la clause pénale qui a évalué le dommage; *c'est le dommage qui pourra seul être réclamé* ». Dans le n. 369, il maintient cette solution, mais il repousse l'idée de clause pénale et enseigne que l'obligation née au profit du stipulant est une obligation principale conditionnelle. Ainsi l'engagement qu'on a voulu former au profit du tiers demeure inefficace; il joue seulement le rôle de condition. On voit que, dans ce dernier numéro, M. Huc se prononce dans le même sens que nous.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 70, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 41).

(2) Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 570-571.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 309, note 17, 5e édit., p. 516, note 17; Demolombe, XXIV, n. 232-233. — Cpr. Larombière, I, p. 126-128 (art. 1121, n. 11); Planiol, II, 1re édit., n. 1313, 2e et 3e édit., n. 1258.

droit prend-il naissance? Cela revient à rechercher s'il est créé immédiatement, c'est-à-dire par la stipulation même, sauf pour le stipulant la faculté de l'anéantir rétroactivement par la révocation, ou si l'acceptation du tiers est nécessaire pour le faire naître.

D'après la théorie que nous croyons préférable, la stipulation pour autrui confère immédiatement une créance au tiers. La déclaration faite par ce dernier qu'il entend profiter de la stipulation, ne fait pas naître son droit. Son effet se borne à mettre désormais ce droit à l'abri de la révocation [1]. Cette théorie, il est vrai, n'est pas en harmonie avec les conditions requises pour la formation des obligations contractuelles, mais elle s'appuie sur la tradition et sur le texte même du Code civil. Pothier, après avoir invoqué dans ce sens une constitution bien connue de Dioclétien et Maximien [2], reconnaissait que, sans doute, un contrat ne peut pas « par lui-même et *propria virtute* produire un engagement envers un tiers et donner un droit à un tiers qui n'y était pas partie », mais il ajoutait: « C'est l'équité naturelle qui forme cet engagement » [3]. Si, du temps de Pothier, l'engagement, pour parler comme lui, était formé par l'équité naturelle, aujourd'hui il est consacré par la loi, ainsi qu'il résulte de l'art 1165 : « ... *Elles* [les conventions] *ne lui profitent* [au tiers] » *que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Ainsi, dans ce cas, c'est la convention à laquelle le bénéficiaire de la stipulation pour autrui a été étranger qui *profite à celui-ci,* et, pour que cette façon de parler ait un sens, il faut que la stipulation pour autrui engendre par elle-même et, en conséquence, immédiatement un droit au profit du tiers. Si le tiers, pour bénéficier de la stipulation pour autrui, devait l'accepter, il n'y aurait rien d'exceptionnel dans cette hypothèse. La convention qui profiterait au tiers ne serait pas, comme le suppose l'art. 1165, une convention à laquelle il serait demeuré

(1) Huc, VII, n. 48, p. 71-73; Bufnoir, *op. cit.*, p. 575 584; Edouard Lambert, *op. cit.*, *Dr. franç.*, §§ 56-105, p. 70-115. — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 1306 et 1316, 2e et 3e édit., n. 1251 et 1261.

(2) L. 3, C., *De donationibus quæ sub modo*, VIII, 54.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 72.

étranger, mais bien celle qu'il aurait formée par son acceptation et à laquelle, par suite, il aurait été partie [1].

Remarquons, au surplus, qu'à la fin de l'art. 1121, le législateur dispose que la stipulation pour autrui ne peut plus être révoquée « si le tiers *a déclaré vouloir en profiter* ». Il ne dit pas : « Si le tiers *l'a acceptée* ». La façon dont le législateur s'exprime se concilie fort bien avec l'idée d'un droit qu'il n'est pas besoin d'acquérir (puisqu'il a été acquis antérieurement), mais qu'il s'agit de ne pas laisser tomber.

On ne peut pas objecter que, dans ce système, le tiers, contrairement aux principes, devient créancier sans l'avoir voulu. Dans tous les cas, si, au début, il acquiert un droit sans son consentement, il peut, du moins, l'anéantir ensuite en le refusant, et, pour cela, il lui suffit de ne pas le faire valoir. Il est dans la même situation que le légataire. Ce dernier, lui aussi, acquiert un droit à son insu ; et cependant, en ce qui le concerne, la règle *Invito beneficium non datur* est respectée, puisqu'il peut répudier le legs. Cette simple remarque fait tomber l'objection [2].

1541. Si l'on décide avec nous que la créance du tiers est immédiatement engendrée par le contrat dans lequel est insérée la stipulation pour autrui, le décès du stipulant [3] ou celui du tiers [4], étant un fait postérieur à la naissance de ce droit, ne peut porter aucune atteinte à l'existence de celui-ci. Les droits actifs ou passifs sont transmissibles aux héritiers ; cette règle s'applique dans notre cas, puisque, dès avant le

[1] *Sic* Huc, VII, n. 40 ; Edouard Lambert, *op. cit., Dr. franç.*, § 13, p. 13-17 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 577. — Req., 13 juin 1877, S., 77. 1. 307, D. P., 78. 1. 415. — La Cour suprême, dans cet arrêt, se place au même point de vue que nous, car elle dit : « Attendu que si l'art. 1165 dispose que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peuvent ni nuire ni profiter aux tiers, il réserve le cas prévu par l'art. 1121, aux termes duquel on peut stipuler pour autrui lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». Telle paraît bien être aussi la théorie à laquelle s'est arrêtée la Cour de cassation dans ses dernières décisions en matière d'assurances sur la vie. — V. *infra*, n. 200, al. 2 et la note. — *Contra* Planiol, II, 1re édit., n. 1282, 2e et 3e édit., n. 1226.

[2] Edouard Lambert, *op. cit., Droit français*, § 100, p. 110. — La solution que nous adoptons a été consacrée par le Code civil allemand, art 330.

[3] Trib. civ. Seine, 21 janv. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 337. — Trib. civ. Carcassonne, 21 février 1901, *Droit*, 31 mai 1901.

[4] Trib. civ. Carcassonne, 21 février 1901, précité.

décès du stipulant ou du tiers, il y a un droit qui, s'il peut être anéanti par la révocation, n'en est pas moins d'ores et déjà existant.

155. Pour échapper à cette objection (dont nous avons démontré l'inanité) que le tiers deviendrait créancier malgré lui, la jurisprudence a cru nécessaire, dans quelques-unes des décisions qu'elle a rendues en matière d'assurances sur la vie, d'adopter une théorie qui diffère assez sensiblement de la nôtre, bien qu'elle ait à peu près les mêmes résultats pratiques (1). D'après les décisions auxquelles nous faisons allusion, le tiers ne devient créancier que par l'acceptation, mais celle-ci rétroagit au jour même du contrat. Elle peut donc avoir lieu utilement après la mort du stipulant. Mais ce dernier peut la rendre impossible en retirant l'offre.

Cette théorie se heurte à une critique fort grave et qui suffit pour la rendre inadmissible : la rétroactivité de l'acceptation est une fiction, et, en droit, les fictions ne peuvent exister que si elles sont consacrées par un texte de loi. Aucune disposition n'établit celle dont il s'agit. Certains arrêts, il est vrai, disent que l'acceptation est une condition *sine qua non* de l'existence du droit du tiers et que cette condition, une fois accomplie, rétroagit en vertu de l'art. 1179 ; mais qui ne voit que c'est jouer sur les mots ? On sait que l'expression *condition* est susceptible de divers sens. Lorsqu'on dit, dans l'hypothèse, que l'acceptation est une condition de l'existence du droit, on entend par là qu'elle est un élément essentiel de cette convention qui devrait se former ultérieurement entre le stipulant et le tiers, et non pas une modalité du droit de celui-ci. Or, c'est seulement lorsqu'on prend le mot condition dans le sens de modalité que la disposition de l'art. 1179 est en jeu (2).

156. Mais, jusqu'ici, les partisans de la théorie que nous

(1) V. *infra*, n. 199, al. 1er et la note ; mais, ainsi qu'on le verra au même numéro, la jurisprudence, dans d'autres décisions, s'est prononcée pour le système que nous adoptons.

(2) Labbé, note sous Douai, 6 nov. 1886, S., 88. 2. 97, et note sous Civ. rej., 2 juil. 1884, S., 85. 1. 5 ; Worms, *op. cit.*, p. 110 *in fine*, 112 ; Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit français*, § 17-20, p. 22-29.

avons adoptée sont rares [1]. On considère en général la stipulation pour autrui, tant qu'elle n'est pas acceptée, comme une simple proposition adressée au tiers, et on lui fait application des principes qui régissent les offres en général. Ainsi, dans ce système, la stipulation pour autrui non encore acceptée ne peut pas engendrer de créance au profit du tiers. En effet, celui à qui la pollicitation est adressée ne peut devenir créancier que par un acte de sa volonté, c'est-à-dire en formant le contrat par l'acceptation [2].

Toutefois les auteurs qui admettent ce point de départ se divisent quand il s'agit de décider si l'offre contenue dans la stipulation pour autrui peut être utilement acceptée par le tiers après la mort du stipulant ou par les héritiers du tiers après la mort de ce dernier. Si, comme le veulent quelques auteurs, on continue à appliquer les règles ordinaires des offres, on doit répondre négativement. Quand le stipulant, c'est-à-dire quand le pollicitant est mort, l'une des deux volontés dont le concours est nécessaire pour la formation du consentement a disparu, et, par conséquent, l'acceptation ne saurait produire le lien obligatoire. Il en est de même quand celui qui était appelé à bénéficier de cette stipulation est décédé. Dans cette hypothèse, l'acceptation ne peut pas être efficace, car elle n'exprime pas la volonté qui devait s'ajouter à celle de l'offrant pour former le contrat. Et qu'on n'objecte pas que les héritiers du tiers peuvent, en vertu de l'art. 1165, accepter utilement la proposition. La transmission héréditaire n'a lieu que pour les droits actifs ou passifs, et non pas pour l'aptitude à acquérir un droit [3].

157. Mais la plupart des auteurs estiment que le principe qui s'oppose à ce que la proposition puisse être acceptée

(1) M. Planiol, tout en repoussant la théorie de l'offre, admet l'effet rétroactif de l'acceptation, ou plutôt de la *ratification*, II, 1re édit., n. 1316, al. 2, 2e et 3e édit., n. 1261, al. 2.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 23 *bis*-IV, *in fine*, Demolombe, XXIV, n. 248; Laurent, XV, n. 559; Thiry, II, n. 595. — On peut s'étonner que ce système soit consacré par le Code civ. japon. de 1896. V. art. 537, al. 2.

(3) Marcadé, IV, n. 436; Saintespès-Lescot, *Donations*, III, n. 615; Mourlon, II, n. 1078; Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-VIII; Laurent, XV, n. 571; Thiry, II, n. 597.

après la mort de son auteur ou après celle de la personne qui l'avait reçue, est étranger à notre matière. Il ne concerne, dit-on, que les offres destinées à former un contrat. Or la stipulation pour autrui, dans les deux cas indiqués par le législateur, n'a point un pareil but. Elle constitue une clause, un mode d'un contrat déjà formé (1). A quoi Laurent répond que, si la stipulation dont nous parlons se présente comme l'accessoire d'une convention, il n'en est pas moins vrai qu'elle tend à la formation d'un second contrat, et qu'il n'y a pas de raison pour que cette formation ne soit pas régie par les principes ordinaires (2). Si l'on voit dans la stipulation pour autrui, valable aux termes de l'art. 1121, une offre adressée au tiers, la réponse de Laurent nous paraît ne pas admettre de réplique.

Mais cela fournit un nouvel argument en faveur de la solution que nous avons adoptée relativement à l'époque où prend naissance le droit du tiers. Si la théorie de l'offre appliquée à la stipulation pour autrui conduit à décider que cette stipulation ne peut pas être utilement acceptée après la mort du stipulant, c'est une raison de plus pour la rejeter (3). Car, certainement, ni les parties, ni le législateur lui-même, quand il a écrit l'art. 1121, n'ont voulu que ce résultat fût possible. C'est un point qui se trouvera mis en pleine lumière quand nous aurons étudié les assurances sur la vie (4).

158. D'ailleurs, dans notre matière, la théorie de l'offre soulève beaucoup d'autres difficultés. Il est même fort délicat de décider de qui émane la prétendue pollicitation. Est-ce, comme on l'enseigne très généralement, du stipulant? Mais alors le contrat qui se formera par l'acceptation n'existera que dans les rapports de ce dernier et du bénéficiaire, car le promettant n'y aura pas été partie. Cependant, de l'avis presque unanime des auteurs, le bénéficiaire, comme nous l'éta-

(1) Delvincourt, II, p. 264; Duranton, X, n. 248-249; Troplong, *Donations*, n. 1106-1107; Aubry et Rau, 4e édit., p. 311, texte et note 27, 5e édit., p. 524-526, texte et note 27; Larombière, I, p. 123 (art. 1121, n. 5 et 8); Demolombe, XX, n. 94; Vigié, II, n. 1194, p. 538.

(2) Laurent, XV, n. 571, p. 652.

(3) Edouard Lambert, *op. cit.*, *Dr. franç.*, §§ 86 et 87, p. 98.

(4) V. *infra*, n. 196.

blirons bientôt, a une action directe contre le promettant, et, pour les raisons que nous exposerons, l'opinion dissidente, représentée uniquement par Laurent, doit être repoussée.

Il faudrait donc admettre que l'offre émane d'une personne qui ne sera pas tenue d'exécuter l'obligation. Or cette proposition est contraire aux principes les plus élémentaires [1].

Cette objection a amené M. Thaller à soutenir que l'offre est faite par le promettant, futur obligé [2]. Mais cette idée n'est pas beaucoup plus satisfaisante. D'abord il serait bien étrange que le stipulant subordonnât à la volonté du promettant l'existence même de l'obligation qu'il a entendu créer au profit du tiers. Dans ce système, le promettant n'aurait qu'à retirer son offre pour que le droit du tiers ne pût pas naître. Evidemment, dans l'intention du stipulant, le bénéficiaire n'était point destiné à être le jouet de la mauvaise foi ou des caprices du promettant. De plus, la stipulation pour autrui, dans les deux cas prévus par la loi, suppose essentiellement qu'il s'établit un rapport de droit entre le stipulant et le tiers, par exemple que le premier fait une donation au second. Comment justifier ce résultat si l'on estime que l'offre émane du promettant? Et si l'on reconnaît que le rapport dont nous venons de parler est la conséquence du contrat primitif, pourquoi n'en serait-il pas de même du rapport qui s'est formé entre le promettant et le bénéficiaire ?

Faut-il en conclure que deux acceptations sont nécessaires, l'une au regard du stipulant, l'autre au regard du promettant? En se prononçant ainsi, on compliquerait la situation sans aucun avantage. Les obstacles qui s'opposeraient à la naissance du droit du tiers ne seraient que plus nombreux, car ils pourraient se produire soit du côté du stipulant, soit du côté du promettant. D'ailleurs, pas plus cette combinaison que les précédentes ne permettrait d'expliquer ce que le législateur a voulu dire en disposant, dans l'art. 1165, que,

(1) Worms, *op. cit.*, p. 100-102; Bufnoir, *op. cit.*, p. 580 *in fine;* Edouard Lambert, *op. cit.*, *Dr. fr.*, § 19, p. 27.

(2) Thaller, note sous Besançon, 2 mars 1887, D. P., 88. 2. 1 s. — V. surtout à partir de la p. 3, col. 1 *in fine.*

par exception, dans notre cas, la convention profite à un tiers [1].

159. L'action que le tiers peut exercer doit être dirigée contre le promettant. Il n'a pas le droit de demander au stipulant lui-même l'exécution de la charge. Ce dernier, en effet, n'a pas entendu s'obliger envers lui. Il n'en serait autrement que si une clause spéciale insérée dans la convention avait, sur ce point, dérogé à la règle générale [2]. Si, par exemple, dans une donation par contrat de mariage, le donateur a stipulé que le donataire paiera une certaine somme à un tiers, celui-ci n'a d'action que contre le donataire, à moins que le donateur ne se soit personnellement engagé au paiement de la même somme.

160. Mais le tiers a-t-il contre le promettant une action directe? L'affirmative est admise par tous les auteurs [3], à l'exception de Laurent. D'après celui-ci, le bénéficiaire exerce un droit qui ne lui appartient pas; il agit au nom du stipulant, en vertu de l'art. 1166. Il ne peut pas invoquer une

(1) Worms, *op. cit.*, p. 102-104; Huc, VII, n. 47, p. 70. — V. aussi Planiol, II, 1re édit., n. 1277, p. 386, texte et note 1, 2e édit., n. 1221, p. 381, texte et note 1, et 3e édit., n. 1221, p. 410, texte et note 1.

(2) Planiol, II, 1re édit., n. 1320, 2e et 3e édit., n. 1265. — Req., 6 juin 1888, S., 89. 1. 65, D. P., 89. 1. 55. On lit dans cette décision : « Attendu que, par une stipulation de cette nature, le stipulant oblige le promettant envers le tiers bénéficiaire sans s'obliger personnellement envers celui-ci, à moins d'une clause spéciale inscrite en l'acte et dérogeant à cette règle générale ». — *Contra* Laurent, XV, n. 559, 568, 569.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 312 et 5e édit., p. 529; Demolombe, XXIV, n. 255; Larombière, I, p. 124 (art. 1121, n. 9); Arntz, III, n. 50; Vigié, II, n. 1194; Thiry, II, n. 599, p. 578; Planiol, II, 1re édit., n. 1315, 2e et 3e édit., n. 1260. — Req., 12 juil. 1870, S., 71. 1. 71, D. P., 72. 1. 80; 13 juin 1877, S., 77. 1. 307, D. P., 78. 1. 415; 17 fév. 1879, S., 80. 1. 449, D. P., 80. 1. 346; 30 avril 1888, S., 90. 1. 407, D. P., 88. 1. 291; 6 juin 1888, précité. — Cass. Belgique, 21 juil. 1888, S., 89. 4. 9. — Req., 19 avril 1899, D. P., 1900. 1. 548. — Pau, 9 février 1900, D. P., 1903. 2. 140. — Trib. civ., Seine, 6 et 28 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 290. — V. aussi *infra*, n. 202. — La règle par nous posée est notamment applicable quand une personne, sans s'être obligée directement envers un notaire, a pris, envers des tiers, l'engagement de lui payer les frais et honoraires d'un certain acte, et, dès lors, le notaire, se trouvant investi d'un droit de créance contre cette personne relativement auxdits frais et honoraires, peut procéder contre elle conformément aux dispositions de la loi du 24 décembre 1897, c'est-à-dire demander une ordonnance exécutoire de taxe. Pau, 9 février 1900, précité.

obligation contractée envers lui par le promettant, car la convention résultant de l'acceptation de l'offre s'est formée entre lui et le stipulant; au regard du promettant, elle n'existe pas. D'ailleurs, si, dans les deux cas prévus par l'art. 1121, la stipulation pour autrui est valable, c'est parce qu'elle présente un intérêt pour le stipulant. Mais, puisque cet intérêt est celui du stipulant, c'est à ce dernier, et non pas au tiers, que doit appartenir l'action contre le promettant. Le tiers ne peut agir contre celui-ci qu'en vertu de l'art. 1166. Sans doute Pothier décidait qu'il pouvait poursuivre le promettant en son propre nom; mais il ajoutait qu'il s'agissait ici d'une action *utile,* fondée uniquement sur l'équité (1). Les principes du droit sont donc contraires à l'existence de cette action, et, par suite, c'est seulement contre le stipulant que le bénéficiaire peut former une demande par la voie directe (2).

La conclusion qui se dégage de cette théorie montre assez qu'elle est inadmissible. Si, comme l'estime Laurent, le tiers n'a pas d'action directe, il faut aller jusqu'à dire qu'il ne peut en aucune façon agir contre le promettant. L'action indirecte de l'art. 1166 elle-même doit lui être refusée; le stipulant n'a certainement pas eu l'intention de s'obliger envers le tiers; celui-ci n'est donc pas devenu créancier du stipulant, et, en conséquence, il ne peut pas exercer un droit au nom de ce dernier (3).

Au surplus, la théorie de Laurent est exclue par avance, si l'on pense comme nous que la stipulation pour autrui confère immédiatement un droit au bénéficiaire. Dans ce système, il n'est plus question de la formation ultérieure d'un contrat par l'acceptation de l'offre, et, par suite, l'objection que le promettant n'a pas été partie à ce contrat est supprimée. L'obligation dont le tiers demande l'exécution résulte de la disposition finale de l'art. 1165, et, puisqu'il s'agit d'un résultat imposé par la toute puissance du législateur, rien ne

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 72 (édit. Dupin, I, p. 42).

(2) Laurent, XV, n. 568.

(3) Le stipulant pourrait évidemment être débiteur du tiers en vertu d'un autre fait que la stipulation pour autrui. Mais, comme il n'en est point nécessairement ainsi, notre raisonnement conserve toute sa force.

s'oppose à ce que le tiers ait une action directe contre le promettant. Pothier, il est vrai, ne parlait que d'une action utile, mais n'importe, car la solution qui, de son temps, avait pour seul fondement l'équité, s'appuie aujourd'hui sur la loi (1).

En résumé, que l'on accepte ou non, dans cette matière, l'application de la théorie de l'offre, il faut reconnaître au tiers le droit d'agir directement contre le promettant.

161. Ainsi la créance du bénéficiaire naît directement de la convention même, quoiqu'il n'ait pas été partie à celle-ci. Nous trouvons donc ici l'exemple d'une obligation qui se forme sans que la volonté du futur créancier se soit ajoutée à celle du futur débiteur. Faut-il dire, en conséquence, que la source de cette obligation est une déclaration unilatérale de volonté (2)? Non, a répondu un auteur : Quand on parle de la création d'une obligation par la volonté unilatérale, on suppose que cette obligation a pour source la manifestation de la seule volonté du débiteur. Mais, ici, l'engagement résulte d'un contrat, comme le législateur français le donne à entendre à la fin de l'art. 1165, en disant que, dans le cas de l'art. 1121, les tiers tirent profit des conventions. Il s'agit bien ici d'une obligation conventionnelle, car la volonté du futur débiteur a dû concourir avec celle d'une autre personne pour engendrer l'obligation. La seule particularité qu'il y ait à relever, c'est que l'engagement s'est formé sans que le futur créancier fût partie au contrat (3). A notre avis, l'analyse conduit à une conception différente : « Sans doute, comme on l'a très bien dit, la dette du promettant envers le tiers a pour origine première le contrat intervenu entre le promettant et le stipulant. Mais, ce contrat, s'il était seul, ne suffirait pas pour donner au tiers un droit direct, car, par un pur contrat, une partie n'est jamais obligée qu'envers son contractant.

(1) Pour la réfutation de la théorie de Laurent, cpr. Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit français*, p. 13-17.

(2) Dans le sens de l'affirmative, v. Worms, *op. cit.*, p. 114 *in medio*-117.

(3) Saleilles, *op. cit.*, n. 247 *in fine*, p. 263 et n. 249, p. 265 *in fine*-267. — V. aussi Planiol, II, 1re édit., n. 1282, p. 388 et note 1, 2e édit., n. 1226, p. 383, texte et note 1, 3e édit., n. 1226, p. 412, texte et note 1. — Cpr. Huc, VII, n. 48; Vigié, II, n. 1194.

Que faut-il donc dire? Il faut dire que le contrat, qui *par lui-même* lie le promettant au stipulant, renferme en quelque sorte en soi une déclaration unilatérale du promettant, laquelle le lie au tiers » (1). Cette observation, si elle semble un peu subtile, n'en est pas moins absolument juste. Dans notre cas, la volonté unilatérale se rattache à un contrat. Elle n'engendre un lien obligatoire que parce qu'elle est la condition d'un contrat. Elle s'appuie sur ce contrat; sans ce support elle serait impuissante. Mais elle n'en est pas moins unilatérale. Ce qui fait illusion, c'est que la volonté du promettant se manifeste à la fois au regard du stipulant et au regard du bénéficiaire. En tant qu'elle se manifeste au regard du stipulant, elle concourt avec une autre volonté; mais, en tant qu'elle se manifeste au regard du bénéficiaire, elle demeure isolée (2).

162. On a vu qu'il résulte de la combinaison des art. **1121** et **1165** que le tiers, en faveur duquel une personne stipule en son propre nom, acquiert immédiatement le droit de demander l'accomplissement de la prestation stipulée à son profit. Les auteurs qui repoussent cette doctrine admettent du moins, que le tiers, s'il accepte avant la révocation, devient créancier du promettant et qu'il peut en conséquence, à partir de ce moment, poursuivre l'exécution. Quoi qu'il en soit, dans les deux théories, le tiers peut agir contre le promettant. En législation, un autre système est possible, celui qui est formulé en ces termes dans l'art. **128** du *Code fédéral des obligations :* « Celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers, a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. — Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, *lorsque telle a été l'intention des parties.* Si, dans ce cas, le tiers déclare au débiteur vouloir user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur ». L'idée du législateur suisse est, croyons-nous, que, dans le doute, le tiers n'a pas d'action. Le Code civil allemand nous semble consacrer un système analogue : « Par contrat, peut être

(1) Worms, *op. cit.*, p. 115 *in fine*-116.
(2) *Contra* Edouard Lambert, *op. cit., Dr. franç.*, § 46, p. 57.

stipulée une prestation à faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation. — A défaut de disposition particulière, c'est d'après les circonstances, et en particulier d'après le but du contrat, qu'il y a lieu de décider si le tiers doit acquérir le droit et, dans ce cas, si ce droit du tiers doit prendre naissance immédiatement ou seulement sous certaines conditions préalables... ». Art. 328 (1).

163. Si, d'après nous, en droit français, la stipulation pour autrui confère par elle-même et immédiatement un droit au bénéficiaire, ce n'est point là une nécessité; les parties peuvent convenir qu'il en sera autrement. Rien ne les empêche d'attribuer simplement à la stipulation pour autrui la valeur d'une offre, de telle sorte que le droit du tiers ne pourra naître que par l'acceptation et ne datera que du moment où celle-ci aura eu lieu. Mais cela suppose que les contractants ont manifesté leur volonté sur ce point, car il résulte de la disposition finale de l'art. 1165 que la solution de droit commun est différente. Ainsi, dans le silence de la convention, le tiers deviendrait immédiatement créancier, sauf la faculté pour lui d'anéantir son droit en ne l'invoquant pas.

164. Au surplus, il est permis aux parties de convenir que la stipulation pour autrui ne contiendra même pas une offre à l'adresse du tiers et que, nonobstant toute déclaration d'acceptation de la part de ce dernier, le stipulant seul aura le droit de poursuivre l'exécution. Cela revient à dire qu'il est loisible aux parties d'adopter le système qui est consacré en principe par le *Code fédéral des obligations*. Du moment qu'elles peuvent se dispenser de faire la stipulation pour autrui, elles peuvent à plus forte raison limiter à leur convenance les effets de cette stipulation (2).

165. On se demande si le tiers, faute par le promettant de tenir son engagement envers lui, jouit soit des sûretés qui

(1) Traduc. Saleilles, p. 470-473. — V., sur cette disposition, Saleilles, *Théorie génér. de l'oblig.....*, n. 253, et traduc. préc., p. 470, note; Worms, *op. cit.*, p. 112-114.

(2) Req., 11 nov. 1872, S., 72. 1. 365, D. P., 74. 5. 36; 20 déc. 1898, S., 1901. 1. 270, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 203.

garantissent l'exécution du contrat auquel se rattache la stipulation pour autrui, soit des actions en résolution ou en révocation qui appartiennent au stipulant. Cette question est complexe; elle se décompose de la manière suivante : Si le contrat dans lequel la charge a été stipulée est une donation, le tiers peut-il en demander la révocation pour cause d'inexécution de la charge, en vertu de l'art. 953? S'il s'agit d'une vente, est-il admis à se prévaloir du privilège du vendeur et de l'action en résolution, conformément aux art. 1654 et 2103? D'une façon générale, peut-il bénéficier des sûretés particulières, par exemple des hypothèques conventionnelles, consenties par le promettant comme garantie de l'entière exécution du contrat, par conséquent sans avoir été limitées à la seule créance du stipulant? A notre avis, ces diverses questions ne comportent pas la même réponse.

Le tiers ne peut exercer ni l'action en résolution, ni l'action en révocation pour cause d'inexécution de la charge. Ces actions sont destinées à influer sur l'existence du contrat dont la stipulation pour autrui est une condition. Le bénéficiaire, n'ayant pas été partie dans ce contrat, n'a pas qualité pour en demander en son nom soit la résolution, soit la révocation (1).

Mais le tiers est admis à profiter des hypothèques conventionnelles et autres sûretés particulières stipulées dans les termes que nous avons indiqués (2).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 312, 5e édit., p. 531; Larombière, I, p. 124 (art. 1121, n. 9); Demolombe, XXIV, n. 256 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1317, 2e et 3e édit., n. 1262. — Si le tiers était cessionnaire ou délégataire d'une partie du droit du vendeur ou du donateur, il pourrait certainement exercer l'action en résolution ou en révocation. Mais ce cas est tout différent de celui visé par l'art. 1121.

(2) *Sic* les auteurs cités à la note précédente. — *Contra* Laurent, XV, n. 569. — Il n'existe pas de monument de jurisprudence sur la question. L'arrêt de rejet rendu par la chambre civile le 23 mai 1855 n'a, comme le reconnait Laurent lui-même, aucune portée doctrinale, car la décision de la Cour est fondée sur les circonstances de la cause, S., 55. 1. 417, D. P., 55. 1. 198. — Dans une autre espèce, le tiers était cessionnaire de partie d'un prix de vente. La même chambre a jugé qu'il avait droit d'exercer l'hypothèque attachée à la créance qui lui avait été cédée partiellement. Cela ne souffrait aucune difficulté. Mais les principes dont nous parlons sont étrangers à cette question. — Civ. cass., 12 janv. 1857, S., 57. 1. 349, D. P., 57. 1. 278.

Cette distinction paraît illogique à Laurent. D'après lui, si l'on prétend que le tiers peut faire valoir les sûretés particulières attachées à la créance du promettant, on admet par là-même qu'il exerce cette créance, car il ne saurait avoir droit aux accessoires sans avoir droit aussi au principal. Or, s'il exerce l'action née du contrat, il doit, par voie de conséquence, pouvoir exercer tous les droits qui dépendent de cette action principale, tels que l'action en résolution ou l'action en révocation [1].

Ce raisonnement est loin d'être décisif. Si le bénéficiaire jouit des sûretés particulières, c'est que, par hypothèse, elles garantissent l'entière exécution du contrat, notamment l'exécution de la stipulation qui est une charge de ce contrat. Si, par exemple, cette stipulation figure dans une vente, l'hypothèque destinée à assurer le paiement du prix doit s'appliquer à l'exécution de la charge, et il en est ainsi soit que celle-ci ne forme qu'une partie du prix, soit qu'elle en représente, à elle seule, la totalité. Mais, en tant qu'elle garantit l'exécution de la charge, l'hypothèque dont nous parlons est l'accessoire de l'action du bénéficiaire. Pour reconnaître à ce dernier le droit de faire valoir cette hypothèque, on n'est point obligé, quoi qu'en dise Laurent, d'admettre implicitement qu'il exerce la créance du stipulant. Dans la mesure où elle garantit l'exécution de la charge, l'hypothèque est en réalité attachée à la créance du bénéficiaire. Puisque le vendeur l'a exigée comme sûreté du paiement du prix, il l'a stipulée en faveur du tiers, de sorte que la stipulation de l'hypothèque constitue ou au moins comprend une stipulation pour autrui, accessoire de la stipulation de la charge. Or, si, aux termes de l'art. 1121, cette dernière stipulation est valable, il n'y a pas de raison pour que la stipulation de l'hypothèque dans l'intérêt du tiers ne le soit pas également, car elle constitue, elle aussi, une condition du contrat que le stipulant conclut pour lui-même.

166. La question est plus délicate en ce qui concerne le privilège du vendeur. Nous estimons qu'il n'appartient pas

[1] Laurent, même numéro, p. 649.

au bénéficiaire. Les privilèges sont de droit étroit. Ils sont attachés à la qualité de la créance. Or la qualité de la créance du tiers n'est pas la même que celle de la créance du vendeur. Quel est le fondement du privilège qui nous occupe ? Le vendeur ayant mis la chose vendue dans le patrimoine du débiteur, les autres créanciers ne peuvent pas bénéficier du prix de cette chose sans avoir préalablement exécuté l'obligation que le débiteur a contractée envers le vendeur; sans quoi ils s'enrichiraient injustement aux dépens de ce dernier (1). Evidemment ce fondement ne pourrait pas être assigné au privilège du vendeur, si ce privilège était exercé comme accessoire de l'action du tiers.

Aubry et Rau adressent deux objections à cette théorie : D'abord, d'après eux, rien ne s'oppose à ce que le tiers ait le privilège du vendeur, car il le possède en vertu d'une subrogation virtuelle. De plus, notre opinion conduit à ce résultat que, dans certains cas, notamment si le prix de vente consiste uniquement dans une rente viagère au profit d'un tiers, le privilège *n'existera pour personne* (2). Il nous paraît manifeste que ces deux objections se contredisent. La seconde s'appuie sur un fait que nous croyons exact, mais qui ne saurait lui fournir une base solide. Il peut arriver sans doute que, dans certains cas, le privilège du vendeur, comme le disent Aubry et Rau, n'existe pour personne. Mais il vaut mieux accepter ce résultat que méconnaître les principes essentiels de la matière des privilèges. Au surplus, puisque ce résultat est possible, la première objection est ruinée : en effet, même dans la théorie de Aubry et Rau, il arrivera, dans les cas par eux visés, que le privilège n'existera pas pour le stipulant et n'aura jamais existé pour lui. Mais alors comment celui-ci pourra-t-il être considéré comme ayant *subrogé virtuellement* le tiers dans un droit qu'il n'avait pas ? (3).

167. Ainsi que nous l'avons expliqué, la stipulation pour

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, n. 567.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 312, note 30, 5e édit., p. 531, note 30.

(3) V. dans notre sens Demolombe, XXIV, n. 256; Larombière, I, p. 124 (art. 1121, n. 9); Laurent, XV, n. 569, al. 2; Planiol, II, 1re édit., 1318, 2e et 3e édit., n. 1263.

autrui qui est faite dans les conditions indiquées par l'art. 1121 ne constitue pas nécessairement, au regard du tiers, un acte à titre gratuit. Mais, lorsqu'elle présente ce caractère, elle est soumise à toutes les règles *de fond* qui gouvernent les donations, notamment en ce qui concerne l'irrévocabilité (1), la capacité de disposer et de recevoir, le rapport, la réduction (2) et la révocation pour les diverses causes autorisées par la loi.

Nous disons : *à toutes les règles de* FOND ; car elle n'est pas soumise aux règles *de forme* des donations ordinaires, au moins lorsqu'elle est la condition d'un contrat *à titre onéreux* que l'on fait pour soi-même. Accessoire d'un acte pour la validité duquel la loi ne prescrit aucune forme particulière, la donation est elle-même dispensée des formes d'usage ; car elle doit naturellement participer aux privilèges de l'acte dont elle n'est qu'une dépendance. L'art. 1973 contient une application de ce principe : « Elle [la rente viagère] peut être constituée » *au profit d'un tiers,* quoique le prix en soit fourni par une » autre personne. — Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les » caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux » formes requises pour les donations ; sauf les cas de réduc- » tion et de nullité énoncés dans l'art. 1970 » (3).

Il n'est donc pas nécessaire que la donation résultant de la stipulation dont nous parlons soit contenue dans un acte authentique, ni qu'elle soit, de la part du tiers, l'objet d'une acceptation expresse (4), ni qu'elle soit acceptée du vivant du

(1) Civ. cass., 26 mars 1884, S., 86. 1. 422, D. P., 84. 1. 275.

(2) Ainsi jugé notamment en cas d'assurance sur la vie. — V. *infra*, n. 204 *in fine*.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-V ; Aubry et Rau, IV, 4e édit, p. 310, 5e édit., p. 521 ; Demolombe, XXIV, n. 254 ; Laurent, XV, n. 560 ; Huc, VII, n. 50, p. 74 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1321, 2e et 3e édit., n. 1266. — Bordeaux, 1er avril 1897, D. P., 98. 1. 169, *Journal des Arrêts de Bordeaux*, 97. 1. 263. — Cpr. Virgile Rossel, *Man. du dr. féd. des oblig.*, n. 142, p. 167 *in fine*. — V. aussi *infra*, n. 204 *in fine*.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 312, 5e édit., p. 527 ; Larombière, I, p. 123 (art. 1121, n. 7) ; Laurent, XV, n. 561. — Req., 30 juil. 1877, S., 78. 1. 55, D. P., 77. 1. 342. — Caen, 7 mai 1845, S., 45. 2. 534, D. P., 49. 2. 24. — Civ. rej., 25 avril 1853, S., 53. 1. 488, D. P., 53. 1. 161. — Req., 30 juil. 1877, S., 78. 1. 55, D. P., 78. 1. 342. — Rouen, 28 déc. 1887, D. P., 89. 2. 143. — Bordeaux, 18 fév. 1891, S., 92. 2. 89, D. P., 95. 1. 69. — Besançon, 1er mars 1893 (joint à cass.), *Gaz. Pal.*, 94. 2. 365. — V. aussi *infra*, n. 194.

stipulant [1], ni enfin que l'acceptation faite par acte séparé soit notifiée au donateur.

Mais ces solutions ne sont exactes que si la libéralité qui se présente sous la forme d'une stipulation pour autrui est véritablement l'accessoire d'un contrat principal. Comme l'a très bien décidé la cour de cassation, la libéralité qui résulte d'une stipulation pour autrui insérée dans une donation entre-vifs ne peut être acceptée après la mort du stipulant que si elle constitue une charge de la donation principale. Il faut, au contraire, que l'acceptation ait lieu du vivant du donateur, si le tiers est appelé à recueillir le bénéfice entier de la libéralité primitive à l'exclusion du donataire par suite de la réalisation d'une condition résolutoire. Alors, en effet, on n'est pas dans l'hypothèse prévue par l'art. **1121**; l'analyse nous montre ici deux vocations distinctes et successives au bénéfice de la même libéralité, et la seconde, comme la première, ne saurait produire aucun effet si elle n'a pas été acceptée du vivant du donateur, conformément à la disposition du second alinéa de l'art. **932** [2].

168. Quelle que soit la portée que l'on donne à l'art. **1121**, la révocation survenue en temps utile a une conséquence très grave. Si l'on ne voit dans la stipulation pour autrui non encore acceptée qu'une simple pollicitation, la révocation s'oppose à ce que le tiers puisse désormais, par l'acceptation, acquérir le droit qui lui était offert [3]. Si l'on estime que la stipulation pour autrui engendre par elle-même une créance au profit du tiers, la révocation faite avant que celui-ci ait déclaré vouloir profiter de la stipulation anéantit cette créance.

169. Aussi est-il d'un réel intérêt de rechercher si la révocation n'est possible que sous certaines conditions et si elle est soumise à certaines formes. Sur ces deux points la réponse est fort simple.

Quant aux conditions, le principe est que la révocation

(1) Req., 22 juin 1859, S., 61. 1. 51 : 27 fév. 1884, S., 86. 1. 422, D. P., 84. 1. 289. — Bordeaux, 18 fév. 1891, précité.

(2) Civ. cass., 1er mai 1894, S., 95. 1. 31, D. P., 95. 1. 69.

(3) Rouen, 8 mai 1851, D. P., 52. 2. 262.

peut toujours intervenir, si le tiers n'a pas encore déclaré vouloir profiter de la stipulation (1). Aucun obstacle, du moins en règle générale, ne peut y être apporté par la volonté du promettant. Mais il faudrait écarter l'application de ce principe, si le promettant avait un intérêt personnel à ce que la stipulation pour autrui produisît son effet (2). Supposons, par exemple, une constitution de dot faite au profit d'un tiers dans une transaction dont elle est une condition essentielle : elle ne pourra être révoquée que du consentement de toutes les parties contractantes (3). De même, lorsqu'une stipulation est faite au profit d'un tiers comme condition d'une vente, elle ne peut pas être révoquée par le vendeur contre le gré de l'acquéreur s'il y a pour ce dernier un intérêt sérieux à ce qu'elle soit exécutée (4).

De son côté, le tiers n'a qu'un moyen d'empêcher la révocation, c'est de déclarer, avant qu'elle soit réalisée, qu'il entend profiter de la stipulation. Il ne saurait s'y opposer en prétendant qu'il a droit à un délai pour délibérer sur le parti qu'il doit prendre.

La révocation n'est soumise à aucune espèce de forme. Il n'est point nécessaire qu'elle soit notifiée au tiers. Elle peut même être tacite (5). Elle résulterait, par exemple, de la demande que le stipulant formerait contre le promettant en vue d'obtenir la remise de l'objet que ce dernier s'était engagé à livrer au tiers (6).

Mais, bien entendu, un acte ne peut valoir révocation d'une

(1) Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 310, 5e édit., p. 522; Demolombe, XXIV, n. 249-250; Larombière, I, p. 120 (art. 1121, n 5); Laurent, XV, n. 563; Huc, VII, n. 49; Thiry, III, n. 595; Planiol, II, 1re édit., n. 1300 et 1303, 2e et 3e édit., n. 1245 et 1248. — Mais, dans l'ancien droit, la question de savoir si le stipulant avait le droit de révoquer la libéralité contenue dans la stipulation pour autrui était l'objet d'une vive controverse. V. Pothier, *Oblig*, n. 73.

(2) V. les mêmes auteurs, *loc. cit.* — *Adde* Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit franç.*, § 89, p. 99 *in fine;* Bufnoir, *op. cit.*, p. 581 *in fine*.

(3) Req., 10 juil. 1877, S., 78. 1. 55, D. P., 78. 1. 342.

(4) Grenoble, 6 avril 1881, S., 82. 2. 13, D. P., 82. 2. 9.

(5) Thiry, III, n. 595 *in fine;* Huc, VII, n. 49. — Trib civ. Carcassonne, 21 fév. 1901, *Droit*, 31 mai 1901. — V. *infra*, n. 195.

(6) Trib. Auch, 23 mai 1892, *Le Droit*, 2 sept. 1892.

stipulation pour autrui, que s'il suppose nécessairement chez le stipulant la volonté de révoquer. Ce n'est là qu'une application des principes généraux (1).

170. Quand la stipulation pour autrui est révoquée avant l'acceptation, quel est le sort de la charge que le promettant s'était engagé à accomplir au profit du tiers? Faut-il dire qu'elle tombe nécessairement par l'effet de la révocation et que, par suite, quant à elle, le promettant se trouve libéré d'une façon absolue? Ou bien le stipulant a-t-il le droit de se substituer au tiers et de s'appliquer le bénéfice de la stipulation pour autrui? C'est la dernière de ces solutions qui, en principe, doit être préférée, car, très généralement, il sera indifférent, pour le promettant, d'accomplir la prestation au profit du stipulant ou au profit du tiers. Paul vend un immeuble à Pierre, et les parties conviennent que le prix comprendra, outre une somme de 10.000 fr. qui doit être payée au vendeur, une somme de 5.000 fr. que Pierre s'engage à payer à Jean. Cette stipulation pour autrui est révoquée avant d'avoir été acceptée. Paul est admis à réclamer les deux sommes, car peu importe à Jean que le vendeur bénéficie de la totalité du prix (2).

Mais cette proposition n'est vraie qu'autant qu'on y apporte certaines restrictions. D'abord il ne faut pas que la substitution du stipulant à la personne primitivement désignée comme bénéficiaire rende l'exécution de la charge plus onéreuse pour le promettant. Ainsi, dans le cas où la stipulation pour autrui avait pour objet une rente viagère, le stipulant qui a révoqué en temps utile pourra bien s'approprier le bénéfice de cette rente; mais, comme il ne lui est point permis de modifier, par sa seule volonté, l'étendue de la dette, c'est toujours la durée de la vie du tiers qui servira de mesure à la durée de l'existence de la rente (3).

(1) Chambéry, 5 nov. 1889, *Mon. jud. de Lyon*, 25 nov. 1889; Dijon, 11 avril 1900, D. P., 1901. 2. 309.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-VII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 310, 5e édit., p. 522; Demolombe, XXIV, n. 251; Larombière, I, p. 121 (art. 1121, n. 6); Thiry, II, n. 596; Huc, VII, n. 49. — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 1304, 2e et 3e édit., n. 1249. — Grenoble, 9 août 1843, S., 45. 2. 485, D. P., 45. 2. 385.

(3) Colmet de Santerre, Demolombe, Larombière, *loc. cit.*

Mais il se peut que, même dans ces conditions, le stipulant ne puisse pas profiter de la révocation. Il en est ainsi quand le promettant lui-même a intérêt à ce que le tiers recueille le bénéfice de la charge. Ainsi, pour reprendre l'exemple que nous avons donné en dernier lieu, si le tiers désigné comme crédi-rentier dans la stipulation de la rente viagère n'est autre que la mère du promettant, celui-ci peut refuser de payer entre les mains du stipulant; car l'intérêt qu'il avait à servir la rente viagère disparaît évidemment si la personne du bénéficiaire est changée (1).

Bien plus, il arrive quelquefois que la charge, à raison de sa nature même, ne peut pas être exécutée au profit du stipulant. Dans une vente que je vous ai consentie, il a été convenu que vous établiriez sur un de vos immeubles une servitude au profit d'un fonds contigu appartenant à Paul. Pour simplifier la situation, supposons que je n'aie pas d'immeuble voisin du vôtre. Si je révoque cette stipulation, il est de toute évidence que la prestation stipulée dans l'intérêt de Paul ne pourra pas être accomplie à mon profit. Il faudrait donner la même solution si la charge avait pour objet des réparations à effectuer dans la maison d'un tiers : le promettant, en cas de révocation, ne pourrait pas être contraint de faire exécuter des travaux de même nature et de même importance dans une maison appartenant au stipulant, car la solution contraire aurait pour résultat de changer non pas simplement le bénéficiaire, mais la charge elle-même (2).

Laurent est d'avis de distinguer. D'après tous les auteurs, le stipulant n'est jamais admis, après la révocation, à demander l'exécution de la stipulation, s'il doit en résulter pour le promettant une aggravation de la charge. Mais, en supposant même que tel ne soit pas le cas, on ne doit pas se prononcer d'une façon absolue! Si le contrat qui sert de support à la stipulation pour autrui est à titre onéreux, la révocation tourne à l'avantage du stipulant. Par exemple, il a été convenu dans une vente que l'acquéreur paierait une certaine

(1) V. les mêmes auteurs, Aubry et Rau et Thiry, *loc. cit.*
(2) V. les mêmes auteurs, *loc. cit.*

somme à un tiers. Cette charge, qui fait partie du prix, a eu pour conséquence de limiter le droit du vendeur ; mais, du moment qu'elle disparaît, ce droit recouvre toute son étendue. Le vendeur doit recevoir tout le prix, car celui-ci doit être payé intégralement. Mais, si la stipulation pour autrui a été insérée dans une convention à titre gratuit, par exemple dans une donation, il faut y voir une limitation, non plus du droit du stipulant, mais bien de celui du promettant. Le stipulant qui révoque ne saurait s'approprier le bénéfice de la charge. Il ne peut rien réclamer au donataire, c'est-à-dire au promettant, puisqu'il n'a rien stipulé pour lui-même. La révocation n'a point eu pour effet de lui donner le droit que la convention ne lui avait pas conféré. S'il bénéficiait de la charge, la convention serait méconnue au mépris de la disposition de l'art. 1134. Donc la révocation ne doit profiter qu'au promettant, dans notre cas, au donataire [1].

Ce raisonnement, quelque subtil qu'il soit, ne doit pas faire illusion. Quand le contrat dont la stipulation pour autrui est une charge, a le caractère de donation, le stipulant peut, néanmoins, se substituer au tiers. Laurent objecte que le donateur n'a rien stipulé pour lui-même, et que, par conséquent, il ne peut retirer aucun avantage du contrat, sans quoi la disposition de l'art. 1134 serait violée. Mais l'analyse nous amène à faire une constatation toute différente : quand je donne à Jean mon immeuble qui vaut 100.000 fr., en stipulant qu'il paiera 20.000 fr. à Paul, mon créancier, ou à Pierre, mon parent, au profit duquel j'entends faire une libéralité, est-il bien vrai que je ne stipule rien pour moi ? Non, car je stipule, au moins implicitement, l'avantage qu'il y a pour moi à ce que le promettant dispose de la somme de 20.000 fr. ainsi que je l'entends et me dispense par là de prendre pareille somme sur mon patrimoine. Le résultat pratique, en supposant la stipulation exécutée, sera le même que si, le donataire m'ayant remis 20.000 fr., je payais ensuite cette somme à Paul, mon créancier, ou la donnais à Pierre, mon parent. Ce qui le prouve bien, c'est que, si le bénéficiaire

[1] Laurent, XV, n. 566.

acquiert cette somme à titre gratuit, elle est rapportable à ma succession d'après les règles ordinaires et doit être réunie fictivement à mon actif pour le calcul de la quotité disponible. Elle a donc le même sort que si elle avait fait partie effectivement de mon patrimoine.

Ainsi, logiquement, rien ne s'oppose à ce que le stipulant s'applique le profit de la charge, même lorsque le contrat où elle a été stipulée est une donation.

Mais à peine est-il besoin d'ajouter qu'il faudrait adopter la solution opposée, s'il résultait soit des termes de la convention, soit des circonstances, que l'intention du stipulant a été de laisser le promettant bénéficier de la révocation (1).

Quel que soit l'obstacle qui s'oppose à ce que l'avantage de la charge puisse passer au stipulant, la révocation profite au promettant; dans ce cas, d'ailleurs, il est impossible qu'elle profite à une autre personne. Le stipulant ne peut éviter ce résultat qu'en retirant sa révocation, et, par conséquent, s'il tient à ce que le promettant ne soit pas dispensé de l'exécution, il doit s'abstenir de révoquer.

Il va de soi que lorsque, après la révocation, le promettant refuse d'accomplir la prestation, parce qu'il avait intérêt à ce que le tiers en profitât, le stipulant n'est pas fondé à demander la résolution du contrat pour inexécution de la charge, car cette inexécution, étant la conséquence de la révocation, provient de son fait (2).

171. La stipulation pour autrui ne devient pas irrévocable par la mort du stipulant (3). Les héritiers de celui-ci peuvent donc la rétracter et s'approprier le bénéfice de la charge. Si la faculté d'accepter ne disparaît pas quand le stipulant décède, il n'y a pas de raison, d'autre part, pour qu'elle ne soit pas, comme du vivant de ce dernier, exposée à l'éventualité de la révocation. Le tiers doit être, au regard des héritiers du sti-

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 585.

(2) Larombière, I, p. 123 (art. 1121, n. 6 *in fine*).

(3) Il est évident que, si l'on estime avec certains auteurs que l'acceptation ne peut avoir lieu après la mort du stipulant, la question dont nous parlons maintenant ne peut pas se poser. Tel est le cas pour Marcadé, IV, n. 436; Colmet de Santerre, V, n. 33 *bis*-VIII; Laurent, XV, n. 571; Thiry, II, n. 597.

pulant, dans la situation où il se trouvait au regard du stipulant lui-même ; il conserve son droit, mais, à défaut d'acceptation, ce droit demeure aussi fragile qu'avant la mort du stipulant (1).

Toutefois, par interprétation de la volonté de ce dernier, nous adopterons la solution contraire pour le cas d'assurance sur la vie, en cas de décès, au profit d'une personne déterminée (2).

172. L'acceptation ou, pour parler comme le Code, la déclaration par le tiers qu'il veut profiter de la stipulation ne crée pas le droit de celui-ci ; elle ne fait que le rendre irrévocable. L'acceptation, en matière de stipulation pour autrui, peut, suivant la très juste remarque de M. Edouard Lambert, être définie, comme en matière de succession, une renonciation au droit de renoncer (3).

L'acceptation, quelle que soit la forme dans laquelle on la fait, met immédiatement la stipulation pour autrui à l'abri de la révocation. Il n'est jamais nécessaire, pour qu'elle produise son effet, que le bénéficiaire l'ait notifiée ou même, plus généralement, en ait donné connaissance au stipulant (4).

(1) Duranton, X, n. 248 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 311, 5e édit., p. 523 *in fine* ; Troplong, *Donations*, n. 1106 et 1107 ; Larombière, I, p. 121 (art. 1121, n. 5) ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 584. — Req., 22 juin 1859, S., 61. 1. 151, D. P., 59 1. 385 ; 27 février 1884, S., 86. 1. 422, D. P., 84. 1. 389. — Agen, 8 mars 1893, joint à Civ. cass., 10 décembre 1894, D. P., 95. 1. 329. — Douai, 10 décembre 1895, S., 98. 2. 243, D. P., 96. 2. 417. — Trib. civ. Carcassonne, 21 février 1901, *Droit*, 31 mai 1901. — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 1305, 2e et 3e édit., n. 1250. — *Contra* Demolombe, XX, n. 93 ; Lambert, *op. cit.*, *Droit français*, § 90, p. 100-101. — D'après le jugement précité du tribunal civil de Carcassonne, du 21 février 1901, le droit de révocation subsiste alors même qu'après le décès du stipulant, le promettant cumule la qualité d'héritier du stipulant et celle de promettant.

(2) V. *infra*, n. 197.

(3) *Op. cit.*, *Droit français*, § 99, p. 109-110. — V. aussi Bufnoir, *op. cit.*, p. 581.

(4) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 312, 5e édit., p. 528 *in fine*. — *Contra* Laurent, XV, n. 562. — Mais, si le promettant, faute d'avoir été avisé de l'acceptation, a cru à l'efficacité de la révocation survenue dans la suite, et s'il a, en conséquence, exécuté la charge au profit du stipulant ou d'une personne quelconque autre que le bénéficiaire, cette exécution, ayant eu lieu de bonne foi, ne peut pas être critiquée, du moins en ce qui le concerne. Larombière, I, p. 123 (art. 1121, n. 7 *in fine*).

D'ailleurs l'acceptation tacite s'oppose à la révocation tout aussi bien que l'acceptation expresse [1].

173. Comme on l'a vu plus haut, la révocation tourne quelquefois à l'avantage du promettant. Or la cour de cassation a jugé que, lorsqu'une stipulation pour autrui, formant la charge d'une donation, était révoquée avant l'acceptation, cette révocation était valable, alors même que le donataire, appelé à en profiter, n'aurait pas accepté la nouvelle libéralité qui en résultait pour lui. Cette solution ne souffre pas de difficulté, car l'art. **1121** ne subordonne en aucun cas l'efficacité de la révocation au concours du promettant [2].

174. Si, après acceptation par le tiers, le stipulant fait prononcer la résolution ou la révocation du contrat, quel est le sort de la charge? Le tiers est-il toujours admis à en demander l'exécution, et, en cas d'affirmative, à qui peut-il la demander?

Nous supposerons d'abord, pour simplifier la question, que la charge dont l'inexécution a motivé la révocation ou la résolution, n'est pas celle qui avait fait l'objet de la stipulation pour autrui. Ainsi la convention est une vente dont le prix comprend à la fois une charge stipulée au profit d'un tiers et une somme à payer au vendeur lui-même, et c'est à raison de l'inaccomplissement de cette dernière prestation que la résolution a été prononcée. Ou bien, si le contrat constitue une donation, la révocation est fondée sur l'inexécution, non pas de la charge stipulée pour autrui, mais d'une autre charge stipulée au profit du donateur lui-même.

On décide, en général, que, nonobstant la résolution ou la révocation, le tiers n'est pas privé de son droit. L'opinion contraire n'a rencontré qu'un partisan, Larombière. L'éminent magistrat pense qu'à raison du lien qui existe entre la stipulation et le contrat résolu ou révoqué, la première doit disparaître avec le second. La stipulation, il est vrai,

(1) Edouard Lambert, *op.*, *Droit franç.*, §§ 94 et 95, p. 103-104. — Bordeaux, 1er avril 1897, D. P., 98. 2. 469, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 1897. 1. 263. — Trib. civ. Lizieux, 11 décembre 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 320. — Peu importe que la stipulation pour autrui ait le caractère d'une libéralité. Même jugement.

(2) Civ. cass., 27 déc. 1853, S., 54. 1. 81, D. P., 54. 1. 351.

est devenue irrévocable par l'acceptation, mais seulement en ce sens qu'elle ne peut pas être l'objet d'une révocation directe. Cela n'empêche pas que la résolution ou la révocation du contrat puisse l'atteindre par contre-coup. Si ce fait se produit, le tiers ne pourra plus exiger le paiement de ce qui lui était dû en vertu de la stipulation, et, si ce paiement a déjà eu lieu, comme il a été fait sans cause, le promettant aura contre le tiers la répétition de l'indû. Il faut même dire que le tiers, du moins quand la stipulation a, par rapport à lui, le caractère de pure libéralité, n'est pas recevable à demander au stipulant des dommages-intérêts à raison du préjudice que celui-ci lui a causé en faisant prononcer la révocation ou la résolution; sans quoi les parties ne se trouveraient pas remises dans la même situation qu'avant la formation du contrat, et on arriverait indirectement à conserver un effet à la stipulation (1).

Ce système a le défaut d'exagérer la portée de la résolution ou de la révocation. Elles ont pour but, sans doute, de revenir sur les effets du contrat; mais elles ne saurait détruire les droits acquis à des tiers du chef du demandeur. Il est inadmissible que ces droits puissent tomber par le fait de ce dernier (2).

Mais alors à qui le bénéficiaire pourra-t-il demander l'accomplissement de la prestation qui lui est due? Un point nous paraît certain : Si le promettant ne l'a pas mis en cause dans l'instance en résolution ou en révocation, le bénéficiaire pourra, comme auparavant, s'adresser à lui pour l'exécution de la charge (3). Laurent est d'un avis contraire (4). Mais cela provient de ce que, en dehors de l'hypothèse de la révocation ou de la résolution, il refuse au bénéficiaire toute action directe contre le promettant et lui reconnaît simplement le droit d'agir au nom du stipulant. Si l'on admet cette solution pour le cas où le contrat n'est pas attaqué, on doit logique-

(1) Larombière, I, p. 125 (art. 1121, n. 10).

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 313, note 31, 5e édit., p. 531 *in fine*, et p. 532, texte et note 31 ; Demolombe, XXIV, n. 257.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 313, 5e édit., p. 531 ; Demolombe, *loc. cit.*

(4) Laurent, XV, p. 651.

ment décider que, lorsque la convention est révoquée ou résolue, le tiers ne peut même pas agir en vertu de l'art. 1166. Comment, dans cette dernière hypothèse, pourrait-il exercer l'action du stipulant, alors qu'elle n'existe plus?

Cette argumentation ne manque point de logique; mais elle ne saurait nous convaincre, puisque, avec tous les autres auteurs et la jurisprudence, nous avons repoussé la proposition qui lui sert de point de départ (1). Si, comme nous le croyons, nous avons établi que le bénéficiaire a une action directe, la décision qui prononce la révocation ou la résolution ne peut évidemment pas lui enlever cette action, lorsqu'il n'a pas été mis en cause (2).

La jurisprudence est dans notre sens (3). La cour de Limoges a été appelée à statuer sur la question dans une espèce où le contrat dont la stipulation pour autrui formait la charge était une donation; le stipulant en avait obtenu la révocation pour cause d'inexécution de cette charge; mais le tiers n'avait pas figuré dans l'instance. La cour de Limoges a décidé qu'il conservait sa créance contre le promettant, sans acquérir le droit d'agir contre le stipulant. Sur le pourvoi dont cet arrêt a été l'objet, la cour de cassation a implicitement admis la même solution (4).

(1) V. *supra*, n. 160.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 313, 5e édit, p. 531-532; Demolombe, XXIV, n. 258 *in fine*.

(3) On peut citer, il est vrai, en sens contraire, un jugement du trib. civ. d'Avallon, du 25 juil. 1883. — V. S., 89. 1. 147, col. 2. — Mais ce jugement est demeuré isolé.

(4) Limoges, 22 mai 1886, et Req., 6 juin 1888, S., 89. 1. 65, D. P., 89. 1. 55. — On a plusieurs fois prétendu que, d'après Aubry et Rau et Demolombe, le tiers, lorsqu'il n'a pas été appelé au procès, pouvait demander l'exécution de la charge soit au promettant, comme auparavant, soit même au stipulant, V., par exemple, note sous l'arrêt précité, du 6 juin 1888, dans S., 89. 1. 65, col. 3. Il ne nous paraît point démontré que telle soit l'opinion de ces auteurs. Le passage du livre d'Aubry et Rau auquel on fait allusion a peut-être un sens ambigu, mais, dans tous les cas, il ne permet point d'affirmer que ces derniers auteurs aient reconnu au bénéficiaire qui n'a pas été mis en cause, le droit d'agir contre le stipulant. Quant à Demolombe, il ne fournit même pas un prétexte à une pareille interprétation. Il serait, d'ailleurs, inexplicable que le bénéficiaire retirât un avantage de cette circonstance qu'il n'a pas été appelé dans l'instance; or c'est ce qui arriverait s'il avait désormais deux débiteurs au lieu d'un. A raison de l'effet purement relatif de la chose jugée, la résolution ou la révocation ne peut pas empirer sa situation,

Mais la question devient délicate, si l'on suppose que le bénéficiaire a été appelé dans l'instance ou qu'il y est intervenu. Aubry et Rau enseignent que, dans ce cas, si la convention est révoquée ou résolue, le bénéficiaire n'a plus d'action que contre le stipulant (1). Nous croyons, au contraire, que, même alors, à moins qu'il n'ait conclu lui-même à la révocation ou à la résolution et que le tribunal n'ait décidé, sur sa demande, que la charge serait désormais exécutée par le stipulant, le bénéficiaire conservera le droit de réclamer le paiement au promettant. C'est là, croyons-nous, la conséquence forcée de ce principe que la révocation ou la résolution ne peuvent porter atteinte aux droits acquis à des tiers du chef du demandeur. Cette proposition ne présente un intérêt que si l'on suppose que les tiers ont été mis en cause ou sont intervenus, car, dans le cas contraire, il n'est pas besoin de l'invoquer pour sauvegarder les droits qu'ils ont acquis du chef du demandeur; il suffit de faire observer que le jugement de résolution ou de révocation n'existe pas à leur égard. D'ailleurs il serait exorbitant que la mise en cause du bénéficiaire de la stipulation pour autrui pût l'obliger à s'attaquer désormais au stipulant. Il ne saurait, en effet, éviter d'être appelé dans l'instance, et sa comparution même n'implique nullement de sa part une renonciation au droit de poursuivre le promettant (2). Sa situation n'est donc pas modifiée (3).

Mais, comme, dans les rapports du stipulant et du promettant, le contrat se trouve anéanti rétroactivement par l'effet

mais, d'autre part, on ne voit pas pourquoi elle pourrait l'améliorer. La vérité, c'est que le jugement doit être considéré comme n'existant pas à l'égard du bénéficiaire.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Il peut résulter des faits de la cause qu'il y a eu novation par changement de débiteur; mais nous raisonnons dans l'hypothèse où il n'en a pas été ainsi. D'ailleurs la novation ne peut pas se présumer. Art. 1273.

(3) Dans l'arrêt précité du 6 juin 1888, la chambre des requêtes reconnait que le stipulant aurait pu s'obliger personnellement envers le bénéficiaire. Il est incontestable que, si un engagement de cette nature avait été pris, il aurait survécu à la révocation du contrat. Mais il ne pouvait pas résulter de la simple stipulation pour autrui. Un pareil engagement supposerait essentiellement une convention particulière intervenue entre le stipulant et le bénéficiaire.

de la résolution ou de la révocation, le promettant aurait le droit de réclamer une indemnité au stipulant, s'il avait fait des paiements entre les mains du tiers ou s'il était menacé d'avoir à lui en faire (1). Cette solution doit être admise, que le promettant ait figuré ou non dans l'instance, et par suite de l'effet rétroactif du jugement, elle s'appliquerait même aux paiements antérieurs à la résolution ou à la révocation.

Mais il se peut que le stipulant ait obtenu la résolution ou la révocation à raison de l'inexécution de la charge même qui a été stipulée au profit du tiers. Nous pensons que, dans cette hypothèse, la solution doit être la même que dans la précédente. Le principe que la révocation ou la résolution ne peut préjudicier aux droits acquis à des tiers, conserve ici toute sa force.

Au surplus, si le tiers avait fait remise de la charge au promettant, le stipulant ne serait même pas admis à demander la révocation ou la résolution, car une pareille remise équivaudrait à un paiement. D'ailleurs aucune règle ne s'oppose à ce que les divers modes d'extinction des obligations s'appliquent à l'engagement né de la stipulation pour autrui (2).

175. Le stipulant peut-il renoncer d'avance à exercer son droit de révocation? La cour de Grenoble s'est prononcée implicitement pour l'affirmative. Elle a décidé que lorsque le stipulant a confirmé par son testament la libéralité faite au profit du tiers, il a ainsi interdit à ses héritiers de révoquer la stipulation pour autrui (3). Etant admis qu'en principe le droit dont nous parlons passe aux héritiers du stipulant

(1) Aubry et Rau, 4e édit., p. 313, note 31, 5e édit., p. 532, note 31 ; Demolombe, même numéro *in fine*.

(2) Sur cette hypothèse, voir en sens divers Demolombe, XXIV, n. 258; Larombière, I, p. 126 (art. 1121, n. 11). Ce dernier auteur est d'avis que lorsque le stipulant a été désintéressé en ce qui le concerne personnellemet et que l'exécution de la stipulation pour autrui ne doit pas lui profiter, par exemple en le libérant envers le tiers, les juges peuvent, eu égard aux circonstances, décider que le stipulant n'a pas d'intérêt à obtenir la révocation et, en conséquence, qu'il n'a pas d'action à cet effet. Il estime que, si le texte de l'art. 953 ne fait pas cette distinction, il ne l'exclut pas cependant, d'autant plus qu'elle est fondée sur ce principe supérieur : pas d'intérêt, pas d'action. Cette proposition nous inspire des doutes sérieux. Quoi qu'en dise l'éminent magistrat, il nous semble qu'aux yeux du législateur, l'intérêt dont nous parlons résulte de la stipulation même.

(3) Grenoble, 6 avril 1881, S., 82. 2. 13, D. P., 82. 2. 9.

et qu'il conserve entre leurs mains le même caractère, il n'y a pas de raison pour que le stipulant ne puisse pas valablement renoncer à ce droit, en ce qui le concerne personnellement, s'il peut l'enlever à ses héritiers. Dira-t-on que les termes de l'art. 1121 sont contraires à cette solution, puisqu'ils ne mentionnent qu'un obstacle à l'exercice du droit de révocation, celui qui résulte de ce que le tiers a déclaré vouloir profiter de la stipulation ? Cet argument serait d'une faiblesse extrême. Le législateur dit simplement : « Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». C'est là une simple énonciation ; elle n'a rien d'exclusif. Au surplus, quel est le motif qui pourrait s'opposer à ce que le stipulant eût la liberté de renoncer au droit de révocation ? La loi admet, en règle générale, la renonciation à un droit. Il n'est fait exception à ce principe que pour les droits qui sont d'ordre public. Mais on n'établit pas que tel soit le caractère du droit de révocation.

On ne saurait soutenir davantage que le législateur voyant avec défaveur toutes les donations, a voulu que le droit dont il s'agit fût à l'abri d'une renonciation afin que le stipulant pût toujours, en l'exerçant, anéantir la libéralité faite au profit du tiers. Cet argument est sans portée, car la stipulation pour autrui n'est pas nécessairement, au regard du tiers, un acte à titre gratuit. Il arrive souvent, en fait, que le stipulant a voulu se libérer, envers le tiers, d'une dette préexistante. Il faudrait donc, pour être logique, dire que le stipulant peut ou non renoncer à son droit de révocation selon que la stipulation pour autrui constitue ou non une libéralité. Mais cette distinction est inadmissible, car le législateur n'a évidemment pas entendu attribuer, suivant les cas, une nature différente au droit de révocation.

1751. Mais si la résolution ou la révocation du contrat principal ne prive pas le tiers du bénéfice de la stipulation pour autrui, on s'accorde à décider, au contraire, que les causes d'annulation dont le contrat principal est entaché frappent également, par voie de conséquence, le droit du tiers [1].

[1] Edouard Lambert, *op. cit.*, *Droit français*, § 111, p. 117. — Sol. expresse dans C. civ. japon., art. 539.

C. *Principales applications de la stipulation pour autrui.*

176. Au nombre des principales applications de la stipulation pour autrui faite comme condition d'un contrat que l'on conclut pour soi-même, nous citerons l'assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée, le titre à ordre, le titre au porteur, certaines clauses figurant dans les contrats passés par l'Administration, les stipulations pour autrui contenues dans les contrats de transport. La première de ces applications fera l'objet d'une étude spéciale que nous présenterons sous forme d'appendice au commentaire de l'art. 1121. Mais nous dirons auparavant quelques mots des autres matières.

Quant à la question de savoir si l'assurance collective contractée par un patron au profit de ses ouvriers renferme une stipulation pour autrui, nous devons nous borner à la signaler (1).

177. La théorie des titres à ordre n'est, selon nous, qu'une application de la stipulation pour autrui telle qu'elle est autorisée par l'art. 1121. Le tireur d'une lettre de change ou le souscripteur d'un billet à ordre contracte avec le preneur, et celui-ci, afin de pouvoir ensuite négocier plus facilement le titre, stipule du tireur ou du souscripteur qu'il s'engage envers les porteurs successifs comme envers lui, preneur. Il y a donc bien là une stipulation que ce dernier fait, au profit des bénéficiaires éventuels, comme condition de la stipulation qu'il fait pour lui-même.

On a prétendu que le droit qui appartient aux porteurs ultérieurs s'explique par une ou plusieurs cessions de créance. Mais cette opinion nous paraît inexacte. Tandis, en effet, que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions personnelles au cédant, le souscripteur ou le tireur n'est pas admis à opposer au dernier porteur les exceptions personnelles soit au preneur, soit aux porteurs antérieurs. On répond, sans doute, que, par cela même qu'il adopte la forme à ordre, le tireur ou le souscripteur renonce à se prévaloir contre le dernier porteur des exceptions personnelles au preneur ou

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 2e édit., II, n. 2065 s.

aux porteurs précédents (1). Mais, en réalité, cela ne revient-il pas à dire qu'il entend assumer au regard du dernier porteur une obligation sur laquelle les faits qui interviennent ultérieurement dans ses rapports avec le preneur ou les autres porteurs ne pourront exercer aucune influence, en un mot une obligation directe? Ainsi la créance des porteurs découle de la volonté unilatérale du débiteur, mais avec cette particularité que la manifestation de cette volonté est contenue dans une stipulation pour autrui et a pour support un contrat (2).

178. A notre avis, ce que nous avons dit des titres à ordre s'applique aussi aux titres au porteur. Le souscripteur d'un titre de cette nature contracte avec le bénéficiaire primitif, et, en outre, pour lui permettre de faire circuler plus facilement ce titre, il s'oblige, d'une façon générale, au regard du dernier porteur. Celui-ci, ne figurant pas à la convention, est bien un tiers en faveur duquel est faite une stipulation adjointe à un contrat (3).

Ici encore, et pour les mêmes raisons, on ne peut faire intervenir l'idée de cession de créance (4). On ne saurait davantage soutenir que le souscripteur contracte non seulement avec le premier preneur, mais encore avec tous les porteurs ultérieurs. Ces derniers ne pourraient être considérés comme traitant avec le souscripteur que s'ils étaient représentés au contrat par le premier preneur, celui-ci agissant comme gérant d'affaires (5). Mais conçoit-on un gérant d'affaires représentant une série de tiers indéterminés (6) ?

(1) Ainsi raisonne M. Wahl en ce qui concerne les titres au porteur, *Traité des titres au porteur*, I, n. 281, p. 217. On ne voit pas pourquoi ce raisonnement ne serait pas étendu aux titres à ordre.

(2) V. dans ce sens et pour la réfutation plus développée des autres systèmes, Worms, *op. cit.*, p. 138-148. — Cpr. Saleilles, *Essai d'une théor génér. de l'oblig. d'après le projet de C. civ. allem.*, p. 290, note 1.

(3) Cette théorie est enseignée par plusieurs auteurs allemands. V. les renvois dans Wahl, *op. cit.*, I, p. 214, note 6. — V. en sens contraire le même auteur, *op. cit.*, I, n. 279.

(4) En sens contraire Wahl, *op. cit.*, I, n. 281.

(5) On a cru, il est vrai, pouvoir expliquer d'une autre façon comment les porteurs ultérieurs seraient parties au contrat. Ils y seraient représentés par le souscripteur lui-même. Mais n'est-il pas étrange au plus haut point de supposer que ce dernier stipule de lui-même au nom des porteurs ultérieurs?

(6) Cpr. Worms, *op. cit.*, n. 150-154.

Toutefois, d'après certains auteurs, il serait inexact de dire que l'engagement du souscripteur envers le dernier porteur naîtrait d'une stipulation pour autrui greffée sur un contrat. Cet engagement aurait pour source la volonté unilatérale engendrant, par elle-même et sans trouver d'appui dans une convention, un lien obligatoire. Il en serait ainsi même au regard du premier bénéficiaire. Rationnellement, dit M. Worms, on ne peut pas admettre que le souscripteur contracte avec le preneur. Peu lui importe la personne de celui-ci. La vérité est qu'il fait une offre au public (1).

Ce raisonnement ne nous paraît pas concluant. Il prouve simplement qu'il est indifférent au souscripteur de contracter avec un individu ou avec un autre. Mais, au moment où il remet le titre au premier preneur, celui-ci, par la force des choses, est déterminé, alors même que c'est un inconnu, et le concours de volontés, nécessaire pour la formation du contrat, se réalise alors (2).

Notre théorie soulève, il est vrai, d'autres objections ; mais elles ne nous paraissent pas insurmontables. La stipulation pour autrui, fait-on observer, suppose forcément l'intérêt des tiers en faveur desquels elle est faite ; or le premier preneur n'a point l'intention de stipuler au profit des porteurs ultérieurs. Est ce bien vrai? Ne peut-on pas répondre qu'il est d'autant plus porté à stipuler dans leur intérêt que son propre intérêt le lui commande? Il sera évidemment très avantageux pour les porteurs ultérieurs de ne pas se voir opposer les exceptions personnelles au preneur, et il est aussi très avantageux pour ce dernier que le souscripteur prenne l'engagement de ne pas leur opposer ces exceptions, car il pourra ainsi tirer beaucoup plus facilement parti du titre. Qu'importe que la stipulation pour autrui soit motivée par l'intérêt qu'elle présente pour le stipulant? N'en est-il pas ainsi dans bien des cas où, incontestablement, la stipulation pour autrui est admise? Nous voulons parler de tous les cas où elle tend à libérer le stipulant au regard du bénéficiaire. On ajoute que

(1) Worms, *op. cit.*, 154-164.
(2) Cpr. Wahl, *op. cit.*, I, p. 197, note 4.

la stipulation pour autrui peut être révoquée par le stipulant tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers et que, par suite, logiquement, si l'on explique la nature juridique du titre au porteur par l'idée de stipulation pour autrui, on doit reconnaître au premier preneur le droit de s'opposer à la transmission du titre par les porteurs ultérieurs. Mais n'avons-nous pas établi que le stipulant peut renoncer à son droit de révocation (1)? Or, si cette renonciation ne doit pas être présumée, elle peut, du moins, avoir lieu tacitement, et c'est précisément le cas. Cela résulte de la nature même de l'opération que fait le premier preneur en transmettant le titre. Enfin, on objecte qu'il s'agirait ici d'une stipulation au profit d'une série de tiers indéterminés et qu'une pareille stipulation n'est pas plus admissible que le contrat au profit d'une série de personnes indéterminées. Cette proposition est fort contestable. Dans l'hypothèse d'un contrat, l'obligation naissant du concours des volontés, il faudrait que les tiers fussent représentés, ce qui paraît bien impossible quand ils sont indéterminés. Au contraire, dans l'hypothèse d'une stipulation pour autrui, l'obligation découlant de la volonté unilatérale du promettant, l'impossibilité de représenter les tiers n'a plus d'importance (2).

178 I. La jurisprudence reconnaît le caractère de stipulations pour autrui à certaines clauses contenues dans les contrats passés par l'Administration, notamment aux clauses qui, lors des adjudications faites pour le compte de l'Etat, des communes ou des grandes compagnies, sont insérées dans les cahiers des charges, au profit des ouvriers ou fournisseurs contre les adjudicataires pour le cas où ces derniers céde-

(1) V. *supra*, n. 175.

(2) M. Wahl, qui se prononce en sens contraire, dit que l'idée d'un contrat passé avec des personnes indéterminées est « inadmissible dans l'état actuel des législations et *incompatible avec la nécessité du concours du créancier à la formation du contrat* ». *Op. cit.*, I, p. 214, n. 279. C'est aussi notre avis. Mais cette observation est sans portée au point de vue de la stipulation pour autrui, si l'on admet que l'obligation du promettant résulte uniquement de sa volonté. — V. pour les diverses théories émises sur la nature juridique des titres au porteur, Saleilles, *op. cit.*, n. 267-278, p. 287-306; Wahl, *op. cit.*, n. 244-258, p. 179-201, et n. 272-282, p. 209-218; Worms, *op. cit.*, p. 149-164.

raient tout ou partie de l'entreprise à des sous-traitants. L'entrepreneur des travaux est personnellement tenu, envers les fournisseurs ou ouvriers employés par son sous-traitant, du paiement des fournitures et travaux faits dans l'intérêt de l'entreprise et par ordre de ce dernier, alors que le cahier des charges porte qu'en cas de sous-traité, l'entrepreneur demeurera personnellement responsable envers les ouvriers et les tiers. Cette clause constitue une stipulation pour autrui, valable aux termes de l'art. 1121. Les fournisseurs et ouvriers employés par le sous-traitant ont, par conséquent, une action personnelle et directe contre l'entrepreneur. Cette jurisprudence nous paraît conforme aux principes (1).

178 II. L'expéditeur qui remet à une compagnie de chemin de fer des marchandises pour les faire parvenir à un destinataire, stipule au profit de celui-ci dans les termes de l'art. 1121 (2).

De plus, il stipule éventuellement pour le voiturier que le destinataire, usant du droit à lui conféré par le cahier des charges des compagnies de chemins de fer, choisit pour faire camionner lesdites marchandises de la gare à son domicile. Il s'ensuit que, dans le cas d'expédition faite franco à domicile, le camionneur, employé à ces fins par le destinataire, peut réclamer à la compagnie de chemin de fer la partie du prix de transport correspondante au camionnage et payée par l'expéditeur (3).

Mais un tiers dont le nom ne figure ni sur la lettre de voi-

(1) Req., 7 juin 1846, S., 46. 1. 863, D. P., 46. 1. 334. — Civ. rej., 7 fév. 1866, S., 66. 1. 220, D. P., 66. 1. 83. — Req., 2 janv. 1867, S., 67. 1. 79, D. P., 67. 1. 108; 28 janv. 1868, S., 68. 1. 216, D. P., 68. 1. 109; 13 juill. 1886 (deux arrêts), S., 87. 1. 177, D. P., 86. 1. 307; 13 mars 1889, S., 89. 1. 263, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 585. — Poitiers, 20 juin 1889, D. P., 90. 2. 159, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 51. — Trib. civ. Lizieux, 3 avril 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 72. — V. dans le même sens Champeau, *Stipulation pour autrui*, p. 210 s.; Aubry et Rau, 5e édit. (mise au courant par MM. G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault), IV, p. 520.

(2) Huc, VII, n. 50; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 520, texte et note 21 *quinquies*. — Civ. rej., 2 déc. 1891, S., 92. 1. 92, D. P., 92. 1. 161. — Civ. cass., 31 janv. 1894, D. P., 94. 1. 244. — Montpellier, 26 juin 1895, D. P., 98. 2. 28. — Civ. cas., 24 mai 1897, S., 97. 1. 411, D. P., 98. 1. 23.

(3) Civ. rej., 2 déc. 1891, précité. — V. aussi Req., 6 nov. 1871, S., 71. 1. 188, D. P., 71. 1. 348.

ture ni sur le récépissé, soit comme destinataire, soit en une autre qualité, n'est pas recevable à agir contre la compagnie de chemin de fer sous le seul prétexte qu'il est propriétaire des marchandises expédiées [1].

APPENDICE AU COMMENTAIRE DE L'ART. 1121

DES ASSURANCES SUR LA VIE

I. *Notions générales.*

179. L'assurance sur la vie a pour objet de corriger l'*aléa* que l'incertitude de la durée de la vie humaine apporte fatalement dans les calculs de la capitalisation de l'épargne. C'est un contrat de haute prévoyance qui suppose une civilisation très avancée. Cela explique que l'assurance sur la vie ait fait son apparition aussi tard. L'Angleterre est le berceau de cette institution. En France, l'assurance sur la vie fut longtemps proscrite, comme entachée d'immoralité. Après quelques essais infructueux pendant la période révolutionnaire, elle n'a fonctionné chez nous qu'à partir de 1819, époque à laquelle la *Compagnie d'assurances générales sur la vie des hommes* fut autorisée, par ordonnance royale, à exploiter cette branche d'assurances. Les compagnies d'assurances sur la vie végétèrent pendant longtemps ; c'est seulement sous le second Empire que commença leur période de développement. Mais, depuis cette époque, elles ont prospéré très rapidement [2].

180. Il y a deux types d'assurances sur la vie, l'assurance *en cas de décès,* et l'assurance *en cas de vie* [3]. Nous allons

(1) Civ. cass., 24 mai 1897, précité.

(2) Pour l'historique, v. Chauffon, *Des assurances,* I, p. 356 s. ; Lefort, *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie,* I, p. 31-91 et surtout p. 50-72; Dupuich, *Tr. prat. de l'assurance sur la vie,* p. 1-11; Bosredon, *Hist. des assurances sur la vie* (thèse, Bordeaux, 1900), p. 74 à 80, 83 à 106.

(3) Le projet de loi, *relatif au contrat d'assurance,* qui a été présenté à la Chambre des députés le 12 juillet 1904 (v. *infra,* n. 188, à la note), s'exprime ainsi : « Les sommes assurées peuvent être stipulées payables en cas de vie de l'assuré. — Elles peuvent l'être lors du décès de l'assuré. — Elles peuvent l'être soit en cas de vie de l'assuré, à une époque déterminée, soit à son décès arrivé avant cette époque ». Art. 55, al. 1, 2 et 3.

donner une idée de l'une et de l'autre, et nous proposerons ensuite une définition de l'assurance sur la vie elle-même.

181. *a. Assurance en cas de décès* (1). — La mort prématurée d'un chef de famille est souvent un véritable sinistre pour ceux dont il était le soutien. L'assurance en cas de décès fournit un moyen de parer aux conséquences pécuniaires de ce sinistre. Ainsi un père de famille âgé de trente ans conviendra avec une compagnie d'assurances que, moyennant une prime de 1.245 fr., qu'il lui versera chaque année, la compagnie paiera, lors de son décès, à quelque époque qu'il survienne, un capital de 50.000 fr. à sa femme ou à ses enfants. En économisant 1.245 fr. par an et en capitalisant les économies ainsi réalisées, ce père de famille parviendrait peut-être à constituer un capital supérieur à 50.000 fr. s'il vit de longues années; mais il court le risque de ne laisser qu'un capital insignifiant s'il meurt prématurément. C'est contre ce risque qu'il s'assure ou plutôt qu'il assure les siens (2). Quoi qu'il arrive, il laissera 50.000 fr. à sa famille :

(1) Sur l'assurance en cas de décès, voir surtout Lefort, *op. cit.*, I, p. 117-126.

(2) Le risque de suicide est exclu. Le gouvernement, dans un intérêt d'ordre public, refuserait d'autoriser une compagnie qui se proposerait d'assurer ce risque. — Pour la doctrine et la législation comparée, v. Lefort, *op. cit.*, II, p. 50-51, notes. — Toutefois cela ne s'entend que du suicide volontaire et conscient. Le décès de l'assuré devrait être considéré comme le résultat d'un cas fortuit, s'il était causé par un suicide inconscient, c'est-à-dire accompli en état d'aliénation mentale. — V. Lefort, *op. cit.*, II, p. 53-56 et les autorités citées p. 53, notes 2 et 3; Dupuich, *op. cit.*, n. 95. — Sur la charge de la preuve, au cas de suicide de l'assuré, v. notre tome III, n. 2064. — V. aussi Lefort, *op. cit.*, II, p. 57-62; Dupuich, *op. cit.*, n. 96, p. 217-224. — Certaines compagnies étrangères admettent la validité de l'assurance au cas de suicide, lorsque le contrat a été maintenu pendant un certain temps. — V. Lefort, *op. cit.*, II, p. 51, note continuée et note 1; Dupuich, *op. cit.*, n. 93 *in fine*. — V. aussi Paris, 5 novembre 1902, S., 1904. 2. 158, D. P., 1904. 2. 191. — Le projet de loi, *relatif au contrat d'assurance*, déposé le 12 juillet 1904, et déjà mentionné par nous, renferme les dispositions suivantes : « L'assureur ne peut s'engager à payer les sommes assurées en cas de suicide volontaire et conscient ou de condamnation capitale de l'assuré. — Tout contrat d'assurance contenant une clause contraire est entièrement nul. — La nullité est prononcée sur la demande de l'assureur ou de l'assuré. — La restitution des primes est due par l'assureur ». Art. 53. — « L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort. — Toutefois l'assureur doit payer aux ayants droit une somme égale au montant de la réserve. — La police fixe le nombre des primes annuelles qui doivent être payées lors du suicide pour que cette somme soit due, sans que le nombre de ces primes annuelles puisse être

ce capital lui est *assuré*. Voilà l'assurance *en cas de décès* (1).

182. *b. Assurance en cas de vie* (2). — Tout à l'heure celui qui contractait l'assurance se préoccupait de l'avenir de sa famille. A présent, c'est son intérêt personnel qui va le guider. Il ne songe plus à prémunir les siens contre le risque de sa mort prématurée, mais bien à se prémunir lui-même contre un risque inverse, contre le risque de la prolongation de sa propre existence. Une vieillesse prolongée peut le mettre en effet dans la nécessité de vivre pendant de longues années sans travailler, et son travail est peut-être sa seule ressource ! Comment parviendra-t-il à assurer le repos de ses vieux jours? Ici, comme tout à l'heure, l'idée qui vient la première à l'esprit est de constituer un capital par le moyen d'économies réalisées chaque année sur les produits du travail. Mais le capital ainsi formé sera inutile au travailleur s'il meurt prématurément, et il court le risque d'être insuffisant si ce même travailleur parvient à un âge très avancé, auquel cas il lui faudra pourvoir aux besoins d'une longue vieillesse. Ici encore l'assurance fournit au travailleur un moyen d'assurer et même de grossir son épargne, et, cette fois, c'est l'assurance *en cas de vie*. Il conviendra avec une compagnie d'assurances qu'il lui versera tous les ans une certaine somme. En retour, la compagnie s'engagera à lui payer un capital déterminé s'il parvient à un âge fixé, soixante ans par exemple. La compagnie gardera les primes encaissées, s'il meurt avant cet âge. Et, comme elle a ainsi une chance de gain, le capital qu'elle s'engage à payer à l'assuré, s'il vit à l'époque fixée, est bien supérieur au montant des primes accumulées qu'elle aura perçues.

L'assurance en cas de vie peut servir encore pour constituer une dot à un enfant. Un père s'engagera à payer une prime annuelle à une compagnie. En retour celle-ci promettra de payer un capital déterminé si l'enfant parvient à un

supérieur à trois. — La preuve du suicide de l'assuré incombe à l'assureur. Celle de l'inconscience de l'assuré au bénéficiaire de l'assurance ». Art. 54.

(1) V., pour une conception différente, Planiol, II, n. 2178-2180.

(2) Sur l'assurance en cas de vie, v. surtout Lefort, *op. cit.*, I, p. 101-117.

âge fixé, l'âge de 21 ans par exemple. Elle gardera les primes encaissées si l'enfant meurt auparavant [1].

183. Voilà les deux types d'assurances sur la vie. Nous pouvons maintenant formuler la définition suivante : L'assurance sur la vie est un contrat consensuel et aléatoire par lequel l'assureur, moyennant une *prime* unique ou périodique que s'oblige à lui payer le *preneur d'assurance,* s'engage à payer au *bénéficiaire* une *indemnité* consistant en un capital déterminé ou en une rente équivalente, suivant l'éventualité du décès de l'assuré.

On appelle *preneur d'assurance* la personne qui traite avec l'assureur. Le *bénéficiaire* est, suivant les cas, un tiers ou le preneur d'assurance lui-même. De son côté, l'*assuré,* c'est-à-dire celui sur la vie duquel l'assurance repose, peut être soit le preneur d'assurance, soit un tiers, que l'on qualifie alors de *tiers assuré* [2]. Lorsque, dans la suite, nous emploierons

[1] En pratique l'assurance en cas de vie est improprement désignée sous le nom d'*assurance de capitaux différés* ou d'*assurance différée.* Cette dénomination est de nature à faire supposer que l'obligation de l'assureur est simplement à terme. Or cette obligation est certainement conditionnelle. — Dupuich, *op. cit.*, n. 10, p. 18-19.

[2] Aux termes de l'art. 41 de la loi belge du 11 juin 1874, l'assurance en cas de décès d'un tiers est nulle « s'il est établi que le contractant n'avait aucun intérêt à la vie du tiers ». Cette disposition est conforme à l'ancienne doctrine qui pensait que, dans la situation visée par cette loi, la convention pourrait inspirer au preneur d'assurance le désir de voir l'assuré mourir le plus tôt possible et qu'elle devait, par suite, être considérée comme immorale et contraire à l'ordre public. — V. notamment Alauzet, II, n. 551. — Les auteurs les plus récents sont d'un avis différent. — V. Couteau, *op. cit.*, II, n. 279 s.; Herbault, *op. cit.*, n. 136; Planiol, II, n. 2177. — Ils objectent que notre droit successoral tout entier et l'exercice de la faculté de tester font naître également l'espoir d'un gain dont la réalisation est subordonnée à la mort d'autrui. — Mais le projet de loi déposé le 12 juillet 1904 admet la même conception que le législateur belge. Après avoir dit, dans son art. 47 : « La vie d'une personne peut être assurée par elle-même ou par un tiers », il ajoute : « L'assurance en cas de décès contractée par un tiers sur la tête de l'assuré est nulle si ce dernier n'y a pas donné son consentement par écrit avec indication de la somme assurée. — Il en est de même si, lors du décès de l'assuré, l'assureur établit qu'au moment du contrat le souscripteur de la police n'avait aucun intérêt à la vie de l'assuré. — Le consentement de l'assuré doit être donné par écrit pour tout transfert du bénéfice du contrat souscrit sur sa tête par un tiers. — L'assuré peut, à toute époque, exiger la résiliation de l'assurance souscrite sur sa tête par un tiers s'il prouve que l'intérêt à raison duquel l'assurance a été souscrite ou transférée n'existe plus. Toutefois l'assurance subsiste s'il existe une autre cause légitime de continuation de l'assurance ». Art. 48. — V. l'Exposé des motifs, *Journ. officiel, Doc. parl.*, Chambre des députés, session ordinaire de

simplement l'expression *assuré*, nous supposerons généralement, comme il est d'usage de le faire, que la qualité d'assuré est réunie à celle de preneur d'assurance.

Ainsi l'*assuré*, d'après la terminologie usitée, c'est toujours celui *dont la vie est mise en risque*. Cela est exact pour l'assurance en cas de vie. Mais, pour l'assurance en cas de décès, est-il rationnel de donner le nom d'*assuré* à celui qui ne peut en aucun cas bénéficier de l'assurance, puisque la somme assurée n'est payable qu'à son décès ? C'est bien plutôt ici le bénéficiaire de l'assurance qui est l'assuré : c'est lui qui se trouve assuré contre le risque du décès prématuré de celui sur la tête duquel l'assurance est contractée. Néanmoins, dans le cours de nos explications, nous parlerons le langage courant. Nous appellerons donc *assuré* celui sur la vie duquel repose l'assurance.

Dans la pratique, l'assureur est toujours une compagnie.

Dans l'assurance *en cas de décès*, l'indemnité n'est jamais due par l'assureur qu'au décès de l'assuré. Ce décès survenant, elle est due soit au preneur d'assurance, soit à ses ayants cause, soit enfin au tiers bénéficiaire désigné.

Dans l'assurance *en cas de vie*, l'indemnité est due au preneur d'assurance, mais seulement si l'assuré vit à une époque déterminée par le contrat. Autrement, l'assureur ne doit rien.

Nous avons dit que le contrat d'assurance sur la vie est consensuel. Aucune solennité n'est donc prescrite pour son existence ou sa validité. Dans la pratique, on constate ce contrat au moyen d'un acte sous seing privé rédigé en double (1), qui porte le nom de *police* (2).

1904, annexe n. 1918, p. 925, col. 3 *in fine* et p. 926, col. 1. — Comp. Balleydier et Capitant, *L'Assurance sur la vie et la jurisprudence*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire*, I, p. 519 *in fine*-521.

(1) L'assurance peut être établie par la preuve testimoniale, s'il existe un commencement de preuve par écrit. — Herbault, *Traité des assurances sur la vie*, n. 145 s. ; Couteau, *Traité des assurances sur la vie*, II, n. 322 s. ; Lefort, *op. cit.*, I, p. 326 ; Dupuich, *op. cit.*, n. 22, p. 73. — Grenoble, 19 août 1879, S., 80. 2. 325, D. P., 80. 2. 202. — Cpr. Paris, 14 fév. 1890, D. P., 91. 2. 273.

(2) Projet présenté le 12 juillet 1904, art. 51 : « La police d'assurance sur la vie doit indiquer, outre les énonciations mentionnées dans l'art. 17 : 1° Les nom, prénoms et date de naissance de l'assuré ; — 2° les nom, prénoms du bénéficiaire, s'il y a un bénéficiaire déterminé ; — 3° L'événement ou le terme de la survenance

184. La *prime* peut consister en un capital une fois payé (prime unique), mais, en fait, elle se divise presque toujours en prestations périodiques égales, ordinairement en annuités. Elle est payable d'avance.

La police n'a d'effet qu'après le paiement de la prime de la première année, ou, si la prime a été fractionnée, qu'après le paiement de la fraction convenue de cette prime [1]. Le paiement des primes est toujours facultatif. L'assuré peut donc mettre fin au contrat, à la fin de chaque période annuelle, en s'abstenant de payer la prime afférente à l'année suivante. Le motif de cette règle est qu'une assurance sur la vie est contractée par l'assuré à raison de sa situation ou de celle de sa famille. On ne peut pas supposer qu'au moment où il a traité, l'assuré avait l'intention de demeurer tenu du paiement des primes, si, par suite de la diminution de ses ressources, ce paiement devenait trop onéreux pour lui. D'autre part, on ne doit pas admettre davantage qu'il a entendu maintenir le contrat, si sa situation ou celle de sa famille s'améliorait au point de ne pas lui laisser d'inquiétude pour l'avenir. La compagnie, au contraire, est liée. Elle ne peut pas se dégager, même en restituant les primes qu'elle a encaissées. Ce sont là des règles fondamentales en matière d'assurances sur la vie. Elles sont inscrites dans toutes les polices françaises [2].

duquel dépend l'exigibilité des sommes assurées; — 4° les conditions de la réduction, si le contrat implique l'admission de la réduction, conformément aux dispositions des art. 66 et 67 ».

[1] Couteau, *op. cit.*, I, n. 116, p. 159, et II, n. 433, p. 292; Lefort, *op. cit.*, I, p. 155, et II, p. 77; Dupuich, *op. cit.*, n. 28. — Mais il est de jurisprudence qu'en demandant en justice à l'assuré le paiement de la première prime, la compagnie renonce au droit de refuser le paiement tardif et d'empêcher ainsi la police de produire son effet. — Paris, 19 avril 1882, S., 83. 2. 138, D. P., 82. 2. 226. — Civ. cass., 30 avril 1884, S., 85. 1. 366, D. P., 85. 1. 229. — Amiens, 24 mai 1885, S., 85. 2. 170.

[2] Le projet de loi *relatif au contrat d'assurance*, déposé le 12 juillet 1904, porte dans son art. 66 : « L'assureur n'a pas d'action pour exiger le paiement des primes. — Le défaut de paiement d'une prime n'a pour sanction, après accomplissement des formalités prescrites par l'art. 29 (mise en demeure de l'assuré), que la résiliation pure et simple de l'assurance ou la réduction des effets. — Dans les contrats d'assurances en cas de décès faites pour la durée entière de la vie de l'assuré sans condition de survie et dans tous les contrats où les sommes ou rentes

184 I. Quelle est la situation respective des parties, lorsque l'assuré cesse de payer la prime? Il est stipulé, dans presque toutes les polices, que le contrat est annulé et que les primes payées sont acquises à la compagnie, si les trois premières primes annuelles n'ont pas été intégralement acquittées. Dans le cas contraire, l'assuré a droit, à son choix, à une assurance réduite d'après le tableau de la compagnie ou au remboursement de la valeur dite *de rachat* de sa police.

Que faut-il entendre par la valeur *de rachat* de la police? Nous ne pouvons donner à cet égard qu'un aperçu. L'assurance en cas de décès se décompose en une série de contrats annuels. Chaque année l'assureur touche d'avance une prime pour prix du risque qu'il court durant cette année. Le risque augmentant d'année en année (car la chance du décès de l'assuré dans l'année croît à mesure qu'il devient plus âgé), la prime devrait normalement s'accroître d'année en année. Mais, pour éviter des complications, le chiffre de la prime est fixé d'une manière uniforme pour chaque année. C'est un chiffre moyen qui se trouve être fort pour les premières années et faible pour les dernières. Pendant les premières années, l'assureur perçoit donc plus que le prix du risque qu'il court. Cet excédent, qui est destiné à compenser le déficit des dernières années, est reporté chaque année à la *réserve*. C'est le montant de la réserve que l'assureur rembourse à l'assuré, sous une certaine déduction, lorsque l'assuré déclare vouloir racheter sa police. La valeur, dite de *rachat*, de la police est donc représentée par le montant de la réserve [1].

185. Faut-il dire que le droit de rachat constitue un droit

assurées sont payables après un certain nombre d'années, le défaut de paiement ne peut avoir pour effet que la réduction, nonobstant toute convention contraire, quand trois primes annuelles au plus ont été payées. — La réduction peut porter notamment soit sur le montant de la somme ou de la rente assurée, soit sur la durée de l'assurance ».

[1] V. sur les droits de *rachat* et de *réduction*, Couteau, *op. cit.*, II, p. 313; Chaufton, *Des assurances*, II, p. 291 s.; Mornard, *Du contr. d'assur. sur la vie*, p. 323; *Rép. gén. du dr. fr.*, v° *Assur. sur la vie*, n. 642 s.; Dormoy, *Théorie mathématique des assur. sur la vie*, II, ch. II, p. 79-80; Lefort, *op. cit.*, II, p. 152-155; Dupuich, *op. cit.*, n. 119-124, p. 271-281; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 541-542.

attaché à la personne ? L'intérêt pratique de cette question est considérable, et, notamment, suivant la façon dont on la résout, le syndic de la faillite de l'assuré peut ou non être autorisé par le tribunal, conformément à une délibération des créanciers, à traiter, avec la compagnie, du rachat de la police. D'après la cour de cassation le droit qui nous occupe constitue simplement une valeur qui se trouve dans le patrimoine de l'assuré; il n'est donc pas attaché à la personne, et, par conséquent, en cas de faillite de l'assuré, le syndic peut valablement recevoir l'autorisation dont nous venons de parler (1). Toutefois, à partir du moment où le tiers bénéficiaire a manifesté son acceptation, le syndic ne saurait être admis à traiter du rachat de l'assurance (2).

186. L'assurance en cas de décès est susceptible de diverses combinaisons. C'est ainsi d'abord qu'on distingue l'assurance *sur la vie entière* et l'assurance *temporaire*. Dans l'assurance *vie entière,* l'indemnité est payable au décès de l'assuré, à quelque époque qu'il se produise; dans l'assurance *temporaire,* au contraire, l'indemnité n'est payable que si le décès de l'assuré se produit dans une période déterminée, dix ans par exemple. La compagnie ne doit rien si l'assuré vit encore à l'époque fixée.

Quant à l'assurance *de survie,* c'est une assurance en cas de décès faite sous cette condition que le bénéficiaire survivra à l'assuré. Ainsi je conviens avec une compagnie que, moyennant une prime annuelle de 1.000 fr., elle paiera, lors de mon décès, un capital de 60.000 fr. ou une rente viagère équivalente à mon épouse, *si elle me survit.* La compagnie n'aura rien à payer, si mon épouse meurt la première, et elle gardera les primes encaissées.

186 I. Nous devons dire ici quelques mots de la loi du

(1) Civ. cass., 8 avril 1895, S., 95. 1. 265, D., 95. 1. 441, note de M. Dupuich. — *Adde* Cour de justice de Genève, 10 janv. 1887, S., 87. 4. 13. — *Contra* Lefort, *op. cit.,* II, p. 287; Dupuich, *op. cit.,* n. 213, p. 400 s. — Rouen, 18 janv. 1884, S., 86. 2. 225, note de Lyon-Caen. — Trib. civ. Quimper, 2 mai 1893, et, sur appel, Rouen, 18 janv. 1894, D. P., 95. 1. 153.

(2) Même arrêt. Cpr. Montpellier, 15 mars 1886, *Suppl. au Rép. alph.* de Dalloz, v° *Assur. terrestres,* n. 448. — Civ. cass., 8 avril 1895, S., 95. 1. 265, D. P., 95. 1. 441. — *Sic* Lefort, *op. cit.,* III, p. 32; Dupuich, *op. cit.,* n. 213, p. 405.

8 décembre 1904, dont l'art. 1 est ainsi conçu : « Est considérée comme contraire à l'ordre public toute assurance au décès reposant sur la tête d'enfants de moins de 12 ans ». Cette loi a pour but de supprimer de graves abus qui se produisaient dans quelques départements du Nord de la France. Il s'agissait de combinaisons d'assurances en cas de décès d'enfants qui étaient pratiquées par certaines compagnies belges. Quelles étaient ces combinaisons? M. le professeur Butin, de Paris, dans une communication faite à l'Académie de médecine (séance du 3 mars 1903), en a cité quatre types : « 1° Moyennant le paiement d'une modeste prime hebdomadaire les parents qui perdront leur enfant assuré toucheront à son décès une somme de 20 à 100 fr. suivant son âge au décès (20 fr. au-dessous d'un an, 100 à sept ans); — 2° la même combinaison est possible à l'insu même des parents par les personnes qui ont la garde d'enfants en bas âge; certaines nourrices assurent les enfants des autres et touchent une indemnité à leur mort; — 3° quand des parents sont assurés pour eux-mêmes à ces compagnies, si un de leurs enfants meurt avant sept ans, ils reçoivent de la compagnie une certaine somme sans avoir même eu à payer de prime spéciale pour l'assurance de ces enfants; — 4° certaines compagnies proposent des combinaisons plus déplorables encore dans leurs effets possibles; elles assurent les enfants avant leur naissance, *in utero;* l'enfant mort-né devient une source de profit pour ses parents ». Les compagnies qui se livraient à ces opérations s'adressaient surtout à la classe pauvre et même aux assistés. Si les indemnités accordées étaient peu élevées, les primes demandées étaient minimes. De pareilles combinaisons présentent le plus grand danger, ainsi que MM. Bonnevay et Thierry, auteurs de la proposition de loi, l'ont parfaitement expliqué dans l'exposé des motifs : « Elles sont une prime directe à l'infanticide ou à l'avortement, ou tout au moins un encouragement à la négligence des soins nécessaires aux enfants. Le but de l'assurance en cas de vie contractée par un adulte, c'est la constitution d'un capital, capital qui est destiné à le remplacer auprès des siens s'il vient à mourir avant d'avoir rempli sa tâche de solidarité familiale vis-à-vis

de ceux que son travail fait vivre, ou c'est encore la constitution automatique d'un capital dont il jouira après un temps déterminé et dont il fera jouir les siens. — Mais l'assurance en cas de décès d'un enfant de moins de sept ans (âge remplacé par celui de douze ans dans le texte de la loi) n'est pas un acte de prévoyance : l'enfant ne produit pas, il coûte; sa mort constitue une perte économique, mais non pas une diminution des ressources de la famille. L'assurance en cas de décès de l'enfant en bas âge ne peut donc constituer qu'un acte de spéculation. L'ordre public exige que l'idée de spéculations de ce genre ne puisse pas trouver à se réaliser... » [1].

Toutefois la loi du 8 décembre 1904 ajoute, dans son second et dernier article : « Sont exceptées les contre-assurances contractées en vue d'assurer, en cas de décès, le remboursement des primes versées pour une assurance en cas de vie ».

En ce qui regarde les contrats en cours, le principe de la rétroactivité des lois doit s'appliquer. C'est, au surplus, ce qu'a formellement déclaré, à la Chambre des députés, M. Guieysse, président de la commission, dans la première séance du 7 juillet 1904.

187. La réunion, dans une même police, de l'assurance en cas de décès et de l'assurance en cas de vie, peut donner lieu à ce que l'on a appelé, improprement d'ailleurs, l'assurance *mixte*. Ainsi je conviens avec une compagnie que je lui verserai chaque année une prime de 1.000 fr. En retour, la compagnie s'engage à payer un capital de 40.000 fr., à moi-même si je parviens à l'âge de soixante ans, à mon épouse ou à mes enfants si je meurs avant cet âge. Nous avons ici deux assurances sur la vie, conditionnelles l'une et l'autre. Si je vis jusqu'à soixante ans, le contrat s'analyse en définitive en une assurance *en cas de vie*. Si je meurs avant cet âge, on se trouve en présence d'une assurance *en cas de décès*. On voit qu'en réalité, il s'agit de deux assurances constatées par une

[1] Proposition présentée le 10 mars 1903. V. *Journ. off.* du 5 mai 1903, *Doc. parlem.*, Ch. des dép., session ordinaire, annexe 801, p. 270.

police commune, mais qui n'en sont pas moins indépendantes. La combinaison dite *assurance mixte* ne constitue donc pas un type distinct (1).

188. La légalité du contrat d'assurance sur la vie n'est plus aujourd'hui contestée (2). Elle est consacrée d'ailleurs implicitement par diverses lois, notamment par la loi du 5 juin 1850, art. 37, qui soumet au timbre les polices d'assurances sur la vie, et par la loi du 29 décembre 1883, relative au timbre d'abonnement obligatoire des polices d'assurances. Nous indiquerons aussi la loi du 21 juin 1875, loi très critiquée, qui soumet au droit de mutation par décès « les sommes, rentes » ou émoluments quelconques dus par l'assureur à raison du » décès de l'assuré » (art. 6) (3).

La légalité du contrat d'assurance sur la vie résulte encore de la loi du 24 juillet 1867, *sur les sociétés*, qui, dans son art. 66, dispose en ces termes : «... Les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement ».

Mentionnons également la loi du 17 mars 1905, *relative à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances sur la vie et de toutes les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine*. Enfin la loi du 7 décembre 1904, en interdisant, dans l'hypothèse indiquée plus haut, l'assurance en cas de décès, reconnaît implicitement que celle-ci est valable en principe.

Mais nous attendons encore une loi spéciale déterminant

(1) Douai, 14 fév. 1887, S., 88. 2. 49, note de M. Labbé, D. P., 87. 2. 136. — Req., 6 fév. 1888, S., 88. 1. 121, D. P., 88. 1. 193. — Aix, 20 mars 1888, S., 89. 2. 17, note de M. E. Naquet. — Agen, 25 mai 1894, S., 95. 2. 110. — Paris, 5 mai 1899, D. P., 1901. 2. 240. — Trib. civ. Seine, 14 décembre 1899, D. P., 1900. 2. 198. — Grenoble, 22 janv. 1901, D. P., 1901. 2. 337. — Civ. cass., 4 mai 1904, S., 1904. 1. 385 (note de Lyon-Caen), D. P., 1905. 1. 165. — *Adde* Trib. civ. Reims, 7 avril 1887, *Journ. des assur.*, 1887, p. 457. — Trib. civ. Seine, 21 juil. 1887, *ibid.*, p. 494. — Civ. rej., 6 fév. 1888, S., 88. 1. 127, D. P., 88. 1. 193. — V. aussi, dans le même sens, Couteau, *op. cit.*, I, n. 154, p. 200; Herbault, *op. cit.*, n. 41, p. 28; Lefort, *op. cit.*, I, p. 126; Dupuich, *op. cit.*, n. 11, p. 19-23; Planiol, II, n. 2176.

(2) V. Lefort, *op. cit.*, I, p. 15-19.

(3) La loi du 21 juin 1875 n'a statué qu'au point de vue fiscal. Cela ressort de la discussion de cette loi. Req., 22 juin 1891, S., 92. 1. 177, D. P., 92. 1. 205. — V. aussi Trib. civ. Charleville, 29 août, 1879, *Journ. des assur.*, 80. 462.

les caractères, les conditions et les effets du contrat d'assurance sur la vie (1).

Le besoin s'en fait de jour en jour sentir plus impérieusement, à mesure que l'assurance sur la vie pénètre plus profondément dans nos mœurs. A défaut de loi (2), la jurisprudence a dû organiser de toutes pièces le contrat nouveau venu. En nulle autre matière ses décisions ne présentent plus d'importance. On peut dire que les arrêts de la cour de cassation forment la législation relative à la matière (3).

Nous allons étudier cette jurisprudence et rechercher dans quelle mesure ses décisions sont susceptibles d'être approuvées par la doctrine. Tout ce que nous allons dire maintenant s'applique à peu près exclusivement à l'assurance en cas de décès, au sujet de laquelle se produisent les grosses difficultés de la matière.

(1) Peut-être cette lacune de notre législation sera-t-elle comblée dans un avenir prochain. M. Trouillot, alors ministre du commerce, de l'industrie, des postes et des télégraphes, a, dans la 1re séance du 12 juillet 1904, présenté à la Chambre des députés un projet de loi *relatif au contrat d'assurance*, et dont le titre III (*Des assurances sur la vie*, art. 47-73) est entièrement consacré à notre matière. — V. *Journ. officiel*, 1904, *Doc. parl.*, Chambre des députés, session ordinaire de 1904, annexe n. 1918, p. 918-935. — Ce projet, dont nous avons reproduit plusieurs dispositions, a été renvoyé à la commission relative aux sociétés d'assurances, de rentes viagères et de capitalisation. — Déjà, d'ailleurs, le 2 juin 1887 et, de nouveau, le 19 nov. 1889, avait été déposée par M. Lockroy une proposition de loi relative aux sociétés d'assurances sur la vie. — V. *Journ. offic.*, 15 janv. 1890, annexe 20. — Mais cette proposition ne concernait guère que le régime légal des compagnies. Cependant son art. 14 était ainsi conçu : « La somme stipulée payable par suite du décès appartient à la personne désignée dans le contrat, sans préjudice des règles du droit civil relatif au rapport et à la réduction du chef des versements faits par l'assuré. » Cette disposition, qui reproduit, ainsi qu'on le fait observer dans l'exposé des motifs, l'art. 43 de la loi belge du 11 juin 1874, eût été évidemment bien insuffisante. Elle aurait eu cependant cet avantage de consacrer sur un point important la solution qui est conforme aux besoins de la pratique, mais qui a été d'abord repoussée par la cour de cassation. — V. *infra*, n. 206.

(2) Plusieurs législations étrangères se sont occupées des assurances sur la vie. — V. notamment loi belge du 11 juin 1874, art. 41 à 43; C. civ. du canton de Zurich, art. 547 à 549; C. co. ital., art. 449-453; C. co. hong., art. 498-507; C. co. esp., art. 416-431; C. co. roum., art. 455-462; C. co. port., art. 455-462; C. co. mexic. art. 426-441; C. co. argent., art. 549-557; C. co. chilien, art. 569-578.

(3) V. notamment Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie et la jurisprudence*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire* (Paris, Rousseau, 1904), I, p. 517 582.

II. *Fondement juridique de l'assurance en cas de décès. Droits qu'elle engendre.*

189. Pour déterminer le fondement juridique de l'assurance en cas de décès, il faut distinguer suivant qu'elle est contractée au profit de la succession de l'assuré ou au profit d'une personne déterminée.

Le cas où l'assuré s'est réservé dans la police le droit de désigner ultérieurement le bénéficiaire de l'assurance ne constitue pas une troisième hypothèse distincte des deux précédentes. En effet de deux choses l'une : — ou l'assuré est mort sans user du droit qu'il s'était réservé, et on se trouve dans la première hypothèse, — ou bien il en a usé, et alors on tombe dans la seconde. Ce point a été fixé par l'arrêt de la chambre civile du 2 juillet 1884 (1).

190. 1° *Assurance contractée au profit de la succession de l'assuré.* Exemple : Je stipule d'une compagnie que, moyennant une prime annuelle de 1.000 fr., elle paiera lors de mon décès un capital de 50.000 fr. « à ma succession », ou bien « à mes héritiers ou ayants cause » (2), ou encore « à mes enfants

(1) Civ. rej., 2 juil. 1884, S., 85. 1. 5 (note de Labbé), D. P., 85. 1. 150.

(2) L'expression générique *héritiers* ne constitue pas une détermination suffisante pour que l'art. 1121 soit applicable. — Aix, 16 mai 1871, S., 72. 2. 68, D. P., 72. 2. 18. — Civ. cass., 7 fév. 1872, S., 72. 1. 86. — Civ. rej., 15 déc. 1873, S., 74. 1. 199. — Besançon, 14 mars 1883, D. P., 83. 2. 129. — A plus forte raison en est-il ainsi lorsque l'assuré, tout en stipulant que le capital sera payable à ses héritiers ou ayants droit, se réserve la faculté de transmettre la police par voie d'endossement. — Req., 20 déc. 1876, S., 77. 1. 119, D. P., 77. 1. 504. — *Adde* Aix, 16 mai 1871, précité. — Civ. rej., 15 déc. 1873, S., 74. 1. 199, D. P., 74. 1. 113. — Amiens, 30 déc. 1873, S., 74. 2. 150, D. P., 75. 2. 11, et, sur pourvoi, Req., 15 juil. 1875, S., 77. 1. 26, D. P., 76. 1. 232. — V. cep. Colmar, 27 fév. 1865, D. P., 65. 2. 93. — Bruxelles, 2 août 1866, *Jurisprudence générale des assurances terrestres*, II, p. 321. — Paris, 5 avril 1867, S., 67. 2. 249, D. P., 67. 2. 221. — Besançon, 23 juil. 1872, S., 72. 2. 122, D. P., 72. 2. 220. — Dijon, 4 août 1875, S., 77. 2. 140. — Le projet de loi présenté le 12 juillet 1904 consacre ces principes : « Lorsque l'assurance en cas de décès a été conclue sans désignation d'un bénéficiaire ou au profit des héritiers ou ayants cause de l'assuré, le capital assuré fait partie de la succession de celui-ci ». Art. 58. — V. pour l'étude critique de la jurisprudence, Deslandres, *Du contrat d'assurances sur la vie au profit de bénéficiaires indéterminés*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XX (1891), p. 5, n. 1; Pinchon, *Etude des assurances sur la vie contractées au profit d'autrui. — Des assurances contractées au profit des personnes indéterminées*, même rev., XXVII (1898),

nés et à naître » (1). Cette stipulation est certainement valable : elle rentre dans les termes de l'art. 1122. Stipuler pour ses héritiers, c'est stipuler pour soi, de même que stipuler pour soi, c'est stipuler pour ses héritiers. En droit, la per-

p 502-518, 529-541 ; Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie et la jurisprudence*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire*, I, p. 574-577.

(1) Req., 7 mars 1893, S., 94. 1. 161 (note de Labbé), D. P., 94. 1. 77. — Rennes, 5 déc. 1899, S. (joint à Civ. cass., 24 fév. 1902), 1902. 1. 165, D. P., 1903. 2. 377 (note de M. Dupuich). — Amiens, 19 juin 1901, D. P., 1903. 5. 58, n. 8. — *Adde* Lyon, 9 avril 1878, S., 78. 2. 320, D. P., 79. 2. 158. — Rennes, 23 juin 1879 (sol. impl.), D. P., 79. 2. 155. — La cour suprême, cassant un arrêt de la cour de Rouen, en date du 27 juil. 1875 (rapporté dans D. P., 76. 2. 182-183), a même décidé que la clause d'une police d'assurance sur la vie, portant que le capital assuré sera payé aux enfants de l'assuré et, à leur défaut, à ses héritiers ou ayants droit, ne constitue pas une libéralité directe en faveur des enfants, bien que ceux-ci soient plus spécialement désignés ; elle a, en conséquence, jugé qu'en pareille hypothèse les créanciers de l'assuré pouvaient saisir-arrêter le capital comme faisant partie du patrimoine de leur débiteur. — Civ. cass., 7 fév. 1877, S., 77. 1. 393 (note de Labbé), D. P., 77. 1. 337. — *Adde* sur renvoi, Amiens, 19 déc. 1877, D. P., 78. 2. 224, et, sur nouveau pourvoi, Req., 27 janv. 1879, D. P., 79. 1. 230. — Cpr. Trib. d'Epernay, 17 août 1882, D. P., 83. 3. 71. — D'après ce jugement, lorsque, dans une police d'assurance sur la vie, il est dit que le capital assuré sera payable soit à l'assuré lui-même, soit à son ordre, soit au profit de ses enfants, héritiers ou ayants droit, le bénéfice de l'assurance doit être considéré comme compris dans son patrimoine et, par suite, comme le gage de ses créanciers. — Cpr. Caen, 3 janv. 1888, S., 88. 2. 97 (note de Labbé), D. P., 89. 2. 129 (note de Boistel). — V. cep. Caen, 11 janv. 1863, *Jurisprudence générale des assurances terrestres*, II, p. 262. — Lyon, 2 juin 1863, D. P., 63. 2. 119. — Nancy, 25 fév. 1882, et, sur pourvoi, Civ. rej., 2 juil. 1884, S., 85. 1. 5 (note de Labbé), D. P., 85. 1. 150. — Aux termes de cette dernière décision, un père qui, dans une police d'assurance sur la vie, avait désigné comme bénéficiaires ses enfants sans ajouter ni les mots « nés ou à naître » ni les mots « héritiers au ayants cause », avait exclusivement en vue, lors du contrat, les enfants nés à cette époque et stipulait pour eux abstraction faite de leur qualité d'héritiers et, par conséquent, même pour le cas où ils renonceraient à sa succession. — V. pour l'étude critique de la jurisprudence Pinchon, *op. cit.*, *ibid.*; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 578-580. — Nous tenons à reproduire ces intéressantes dispositions du projet de loi *relatif au contrat d'assurance*, déposé le 12 juillet 1904 : « Est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés la stipulation par laquelle l'assuré attribue le bénéfice de l'assurance soit à sa femme sans indication de nom, soit à ses enfants et descendants nés ou à naître, sans qu'il soit nécessaire d'inscrire leurs noms dans la police ou dans tout autre acte ultérieur contenant attribution du capital assuré. — Les enfants et descendants de l'assuré ainsi désignés ont droit au bénéfice de l'assurance en proportion de leurs parts héréditaires. Ils conservent ce droit même en cas de renonciation. — L'assurance faite au profit de la femme de l'assuré profite à la personne qu'il épouse même après la date du contrat. — En cas de second mariage, le profit de cette stipulation appartient à la veuve » (titre III, *Des assurances sur la vie*, art. 55, al. 5 à 8).

sonne de l'héritier se confond avec celle de son auteur.

Dans notre hypothèse, l'assurance fait partie du patrimoine de l'assuré. Celui-ci peut donc, sa vie durant, exercer les droits résultant de son contrat. Ainsi il peut racheter sa police, s'il a payé au moins trois années de prime, la donner en nantissement, se faire consentir un prêt par la compagnie jusqu'à concurrence de la valeur dite *de rachat* de sa police, si la police lui donne ce droit. Il peut aussi céder sa police à titre gratuit ou onéreux, par les modes du droit commun, et même par simple endossement si la police est à ordre (1). Les droits du cessionnaire sont exactement ceux qui appartiennent au cédant. L'assuré peut également disposer de sa police par testament, toujours conformément aux règles du droit commun (2). Enfin le capital de l'assurance est compris dans le gage des créanciers de l'assuré, qui pourront pratiquer sur lui une saisie-arrêt entre les mains de la compagnie (3).

Si l'assuré meurt avant d'avoir disposé de sa police, le bénéfice de l'assurance appartient à sa succession (4). Il en résulte que les héritiers de l'assuré ne pourront y prétendre qu'à la condition de se porter héritiers. S'ils renoncent tous, l'Etat pourra en réclamer le bénéfice. Arg. art. 767. Si l'assuré est marié sous le régime de la communauté, le capital de l'assurance, s'il n'en a pas autrement disposé par acte entre vifs, fait partie de l'actif de la communauté (5). De plus ce capital sera compris dans la masse des biens extants, pour le calcul

(1) Riom, 23 janv. 1889, et Civ. cass., 6 mai 1891, D. P., 93. 1. 177. — Civ. rej., 2 juil. 1884, S., 85. 1. 5, D. P , 85. 1. 150. — Rennes, 5 décembre 1899, D. P., 1903, 2. 577.

(2) Rennes, 5 décembre 1899, précité. — C'est ainsi qu'il doit être considéré comme ayant disposé du bénéfice de l'assurance par testament olographe lorsqu'il a écrit, daté et signé de sa main au dos de la police une déclaration par laquelle il dispose « en cas de mort » du bénéfice de cette police au profit de sa femme « pour subvenir aux besoins personnels de celle-ci et pour l'aider à élever ses enfants ». — Civ. cass., 6 mai 1891, précité.

(3) Civ. cass., 7 fév. 1877, et Req., 7 mars 1893, précités. — Civ. cass., 10 fév. 1880, S., 80. 1. 152.

(4) Tel est le principe posé par le projet de loi déposé le 12 juillet 1904 : « Lorsque l'assurance en cas de décès a été conclue sans désignation d'un bénéficiaire ou au profit des héritiers ou ayants cause de l'assuré, le capital assuré fait partie de la succession de celui-ci ». Art. 58.

(5) Civ. rej., 15 déc. 1873, précité.

de la quotité disponible, conformément à l'art. 922. Il sera aussi compris dans la déclaration de succession pour être assujetti aux droits de mutation par décès [1]. Tout cela va de soi.

Les mêmes principes sont, à plus forte raison, applicables si la police est muette sur l'attribution du bénéfice de l'assurance ou si elle porte simplement que la somme due par la compagnie sera payable à l'ordre de l'assuré ou au porteur. Alors, en effet, en supposant que l'assuré n'ait pas disposé ultérieurement du bénéfice de la police, le capital assuré fait manifestement partie de sa succession.

191. D'ailleurs les juges du fond décident souverainement que l'assuré n'a pas entendu faire une stipulation au profit d'une personne déterminée et que, par conséquent, le bénéfice de l'assurance est compris dans sa succession [2].

192. 2° *Assurance contractée au profit d'une personne déterminée.* Exemple : Je stipule d'une compagnie que, moyennant une prime annuelle de 1.000 fr., elle paiera, à ma mort, un capital de 50.000 fr. à mon fils aîné.

D'abord cette stipulation est-elle valable ? Ne faut-il pas y voir une stipulation pour autrui, nulle aux termes de l'art. 1119 ?

Non, répond la cour de cassation, ici s'applique l'exception établie par l'art. 1121 ainsi conçu : « On peut pareillement » stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition » *d'une stipulation que l'on fait pour soi-même...* » Le mot *stipulation* que contient ce texte a un sens extrêmement général : il peut et doit s'entendre d'une convention quelconque que l'on fait pour soi-même, quel que soit le rôle qu'on y joue, le rôle actif ou le rôle passif. L'assuré stipule pour lui-même en ce sens qu'il fait une dation à la compagnie : il lui paie une prime et s'engage peut-être (sous une condition purement potestative, il est vrai) à en payer d'autres, en retour de l'engagement que prend la compagnie de payer le montant de l'assurance au bénéficiaire désigné. D'ailleurs le mot *stipulation* de l'art. 1121 dût-il (ce que nous n'admettons

[1] Civ. cass., 7 fév. 1872, D. P., 72. 1. 209.

[2] Req., 16 juil. 1875, S., 77. 1. 26, D. P., 76. 1. 232. — Cpr. Civ. rej., 2 juil. 1881, précité.

pas) être pris dans le sens étroit qu'on lui donnait en droit romain, comme signifiant : *se faire promettre quelque chose,* nous trouverions encore que l'assuré stipule pour lui-même. En effet, le contrat lui confère le droit de révoquer, tout de suite, s'il le veut, la stipulation faite au profit du bénéficiaire (art. 1121) et de s'en appliquer le profit, ou, ce qui est la même chose, de l'appliquer à sa succession. En outre, l'assuré peut retarder indéfiniment l'acceptation du bénéficiaire en ne lui donnant pas connaissance de la stipulation faite en sa faveur, et, jusqu'à cette acceptation, racheter sa police à la compagnie, s'il a payé un nombre de primes suffisant, en user comme d'un moyen de crédit, soit en se faisant consentir un prêt par la compagnie jusqu'à concurrence de la valeur dite *de rachat,* soit en donnant sa police en gage pour sûreté du prêt consenti par une autre personne, céder sa police à titre gratuit ou onéreux. Enfin, si le bénéficiaire refuse d'accepter la stipulation faite en sa faveur, le profit en reviendra à la succession de l'assuré. La convention faite par l'assuré équivaut à ceci : Je stipule que vous paierez à ma mort un capital de... à ma succession, ou à telle personne déterminée, si elle accepte, avant que je l'aie révoquée, la stipulation, que je fais à son profit, du bénéfice de l'assurance. Comment dire que l'assuré ne stipule pas pour lui-même, en faisant un contrat qui lui confère de pareils droits? La stipulation au profit du tiers désigné est donc valable comme étant la condition de la stipulation que l'assuré a faite pour lui-même (1).

La jurisprudence est constante dans ce sens. « Attendu, en droit, dit la cour de cassation, que le contrat d'assurance sur la vie, lorsque le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit d'une personne déterminée, comporte essentiellement l'application de l'art. 1121, c'est-à-dire des règles qui régissent

(1) *Sic* Lefort, *op. cit.*, I, p. 214-229. — On trouvera dans cet ouvrage, I, p. 214, note 1, la longue liste des auteurs qui se prononcent dans le même sens. — *Adde* Dumont, *De l'attribution de l'indemnité d'assurance sur la vie*, p. 227; Champeau, *La stipulation pour autrui et ses principales applications*, p. 182; Dupuich, *op. cit.*, n. 13, p. 27 *in fine*, 33; Aubry et Rau, 5e édit. (mise au courant par MM. G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault), IV, p. 518, texte et note 21 *bis;* Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 528-531.

la stipulation pour autrui; que vainement on voudrait prétendre... que, dans un pareil contrat, l'assuré ne stipulant pas pour lui-même, les dispositions de l'art. 1121 ne sauraient être invoquées par le tiers bénéficiaire; — Attendu, en effet, que, d'une part, le profit de l'assurance peut, dans de certaines éventualités, revenir au stipulant, et que, d'ailleurs, le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat... » (1).

193. Dans la doctrine, on admet aussi la validité de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé; toutefois quelques-uns écartent l'application de l'art. 1121, et rattachent cette assurance à la gestion d'affaire (2).

Mais, dans la matière qui nous occupe, les conditions

(1) Civ. cass., 16 janv. 1888, S., 88. 1. 121, D. P., 88. 1. 77. — On retrouve cette proposition notamment dans Req., 23 janv. 1889, S., 89. 1. 353 (note de Labbé), D. P., 90. 1. 73; 22 juin 1891, S., 92. 1. 177 (note de Labbé), D. P., 92. 1. 205. — Civ. cass., 8 avril 1895, S., 95. 1. 266, D. P., 95. 1. 441. — Civ. rej., 9 mars 1896, S., 97. 1. 225 (note d'Esmein), D. P., 96. 1. 391. — V. aussi Bourges, 7 mai 1888, S., 89. 2. 16. — Amiens, 8 mai 1888, S., 88. 2. 177, D. P., 90. 1. 383. — Douai, 14 août 1890, sous Req., 22 juin 1891, S., 92. 1. 179, D. P., 92. 1. 205. — Rouen, 21 mars 1893, S., 93. 2. 250, D. P., 94. 2. 171. — Agen, 25 mai 1894, S., 95. 2. 110, D. P., 95. 2. 513. — Douai, 10 déc. 1895, S., 98. 2. 243, D. P., 96. 2. 417. — Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245, D. P., 96. 2. 465. — Trib. civ. Seine, 3 avril 1897, D. P., 98. 2. 371. — Paris, 10 janvier 1900, S., 1904. 2. 105 (note de Wahl), D. P., 1900. 2. 489; 29 décembre 1900, D. P., 1904. 2. 35. — Grenoble, 22 janvier 1901, D. P., 1901. 2. 337. — V. dans le même sens plusieurs autres décisions citées par Lefort, *op. cit.*, I, p. 214, note 2, et par Dupuich, *op. cit.*, n. 13, p. 27-28, note 9. — Suivant la cour de cassation, la faculté que l'assuré s'est réservée, par les clauses générales de la police, de céder celle-ci par voie d'endossement, de la racheter ou de prêter sur elle ne fait pas tomber de plein droit le capital assuré dans le patrimoine du stipulant et n'est point incompatible avec la stipulation bien distincte faite au profit du tiers. — Req., 22 juin 1891 et Civ. cass., 8 avril 1895, précités. — *Adde* Paris, 10 janvier 1900, précité. — *Contra* Douai, 6 déc. 1886, S., 88. 2. 97 (note de Labbé), D. P., 88. 2. 140. — Caen, 3 janv. 1888, S., 88. 2. 97, D. P., 82. 9. 129 (note de Boistel).

(2) L'éminent et bien regretté M. Labbé a présenté d'une façon très séduisante la défense de cette dernière théorie dans plusieurs notes de Sirey. — V. ce recueil, 77. 1. 393; 85. 1. 5; 88. 2. 49, 97 et 177; 89. 1. 97 et 353. — Dans le même sens Mornard, *op. cit.*, p. 184, Rabatel, *De la nature de l'assur. sur la vie*, p. 218. — Cpr. Pinchon, *Caractères généraux du contrat d'assurance sur la vie au profit d'autrui. — Exposé des diverses théories émises pour déterminer ou expliquer les effets de cette sorte d'assurance. Justification du système de la gestion d'affaire révocable, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXVII (1898), p. 619-639.

essentielles de ce quasi-contrat font défaut. Le gérant d'affaire agit au nom du maître et avec l'intention de faire passer sur la tête de celui-ci toutes les conséquences juridiques de l'acte par lui accompli. Aussi, dès que la ratification a eu lieu, le gérant d'affaire s'efface devant l'intéressé. Tout autre est la situation du souscripteur de l'assurance. Comment prétendre qu'il traite au nom du tiers et qu'il entend lui transporter tous les droits et obligations résultant de l'opération ? Il continue à devoir les primes à l'assureur, et, alors même que le tiers a déclaré vouloir profiter de l'assurance, il n'est pas admis à lui réclamer le remboursement de ces primes. La succession de l'assuré peut agir contre l'assureur pour le faire condamner à payer au tiers le montant de l'indemnité. Bien plus ! d'une part, quoique l'assurance engendre au profit du bénéficiaire un droit au capital assuré, le souscripteur peut résilier le contrat en n'acquittant pas les primes, et, d'autre part, tant que le tiers n'a pas accepté, l'assuré peut disposer du droit à l'indemnité.

Ces propositions impliquent une autre différence, également fondamentale, entre le gérant d'affaire et le souscripteur de l'assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée. Tandis que le premier n'agit que dans l'intérêt du maître, le second a en vue autant son intérêt personnel que celui du tiers. On peut même dire que le souscripteur poursuit son intérêt pécuniaire.

En effet, tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir profiter de l'assurance, le souscripteur peut en appliquer le bénéfice à sa succession ou le transférer à une autre personne.

Voilà donc un ensemble de raisons qui s'opposent à ce que l'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé puisse être assimilée à la gestion d'affaire [1].

194. La jurisprudence, nous l'avons dit, part de cette proposition que le contrat d'assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée doit être rattaché à l'art. **1121**. Nous allons la suivre dans les déductions qu'elle tire de cette idée.

[1] Levillain, note dans D. P., 79. 2. 25; Lefort, *op. cit.*, I, p. 209-214; Dupuich, *op. cit.*, n. 13; Worms, *op. cit.*, p. 126-128; Coulazou, *De la stipulation pour autrui dans l'assurance sur la vie* (thèse, Montpellier, 1890), p. 69-73.

La stipulation pour autrui contenue dans l'assurance au profit d'une personne déterminée ne confère au bénéficiaire un droit irrévocable que lorsque celui-ci, suivant l'expression généralement employée, l'a *acceptée* (1).

Si l'on admet avec nous que la stipulation pour autrui contenue dans une assurance sur la vie ne s'analyse pas en une offre, mais qu'elle confère immédiatement un droit au bénéficiaire, on doit reconnaître que le terme *acceptation* est impropre. La déclaration de volonté qui émane du bénéficiaire constitue une prise de possession du droit qui résulte pour lui de la stipulation ; on ne saurait y voir une acceptation (2).

Quoi qu'il en soit, cette dernière expression étant d'un usage courant, nous l'emploierons comme font tous les autres auteurs.

194 I. L'acceptation peut être expresse ou tacite; mais l'acceptation tacite ne peut résulter que de faits non équivoques (3).

Il appartient aux juges de résoudre la question, dans chaque espèce, d'après les circonstances. On peut toutefois, en général du moins, considérer l'acceptation tacite comme établie lorsque le bénéficiaire a concouru au contrat ou lorsqu'il a été mis et qu'il est demeuré en possession de la police (4).

Par exemple, en cas d'assurance contractée par une femme au profit de son mari, ce dernier, en intervenant au contrat pour autoriser l'assurée, manifeste suffisamment son intention d'accepter le bénéfice de l'assurance (5).

Mais, d'après une décision récente, l'acceptation ne pouvant intervenir qu'après que le contrat a été définitivement

(1) Trib. d'Orléans, 20 déc. 1886, et Orléans, 26 mars 1887, joint à Req., 22 oct. 1888, S., 89. 1. 289, note de Labbé.

(2) Ed. Lambert, *op. cit.*, n. 86; Dupuich, *op. cit.*, n. 47, p. 120; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 543-544.

(3) Req., 23 janv. 1889, précité. — Rouen, 21 mars 1893, S., 93. 1. 250, D. P., 94. 2. 171. — *Adde* Bordeaux, 21 mai 1885, D. P., 88. 1. 198-199. — Dijon, 13 janv. 1888, D. P., 90. 1. 73.

(4) V. les décisions dans Dupuich, *op. cit.*, n. 50, p. 128, note 9.

(5) Paris, 5 mai 1899, D. P., 1901. 2. 240.

formé, on ne saurait voir une acceptation tacite, dans le seul fait, par la femme bénéficiaire, d'avoir été présente au moment où ont été arrêtées les conditions du contrat, qui ne devaient devenir définitives que par la ratification du directeur de la compagnie (1).

L'assurance qu'un père contracte sur sa propre vie au profit de son enfant mineur conférant immédiatement un droit à celui-ci, l'assuré, administrateur légal des biens de cet enfant, peut accepter en cette qualité, au nom et dans l'intérêt du mineur, soit dans le contrat d'assurance, soit ultérieurement, le bénéfice de ladite stipulation. Mais une pareille acceptation, emportant pour l'assuré renonciation au droit de révocation, suppose, de sa part, une manifestation non équivoque de volonté. Elle ne résulte donc pas de cette simple circonstance que le père, administrateur légal, a signé le contrat d'assurance (2).

195. Tant que le bénéficiaire n'a pas accepté, l'assuré peut révoquer la stipulation (art. 1121 *in fine*) et s'en appliquer le bénéfice, ou, ce qui est la même chose, l'appliquer à sa succession (3).

Mais le droit de révocation, étant essentiellement attaché à la personne de l'assuré, ne saurait être exercé en son nom par ses créanciers, ni, en conséquence, par le syndic de sa faillite (4).

La révocation n'est soumise, quant à son existence ou à sa validité, à aucune condition particulière de forme. Elle peut même être tacite. La révocation tacite résulte notamment de

(1) Trib. civ. de Nantes, 15 mai 1899, joint à Rennes, 5 déc. 1899, D. P., 1903. 2. 377 (note de Dupuich).

(2) Civ. rej., 25 avril 1903, D. P., 1904. 1. 50. — Mais voyez Orléans, 26 mars 1887, sous Req., 22 octobre 1888, S., 89. 1. 291.

(3) Req., 22 juin 1891, S., 92. 1. 177 (note de Labbé), D. P., 92. 1. 205. — Rouen, 21 mars 1893 et Civ. cass., 8 avril 1895, précités. — Douai, 10 déc. 1895, S., 98. 2. 213, D. P., 96. 2. 417. — V. dans Dupuich, *op. cit.*, p. 107-108, note 1, de nombreuses décisions renfermant des applications du principe.

(4) Trib. civ. de Bar-sur-Aube, 18 mars 1886, *Journ. des assur.*, 1886, p. 266. — Trib. civ. de Bruxelles, 18 juin 1897, *Journ. des assur.*, 1897, p. 558. — Cpr. Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245, D. P., 96. 2. 465. — *Sic* Dupuich, *op. cit.*, n. 212 *in fine*, p. 400; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 540. — V. cependant Douai, 10 déc. 1895, précité.

l'attribution faite par l'assuré du bénéfice de l'assurance à une autre personne (1).

Le point de savoir s'il y a révocation tacite est une question de fait. Cette question ne peut être résolue par l'affirmative que s'il résulte des circonstances de la cause que l'assuré a eu positivement l'intention de révoquer la stipulation pour autrui. Ainsi on ne saurait considérer comme révocation de l'assurance qu'un mari a contractée sur sa propre vie au profit de sa femme le fait par ce mari de porter le capital à l'actif du bilan qu'il a déposé à fin de liquidation judiciaire, si ce fait s'explique par le désir de ne pas encourir en apparence le reproche d'avoir dissimulé une partie de son actif (2).

A partir du jour où le bénéficiaire a accepté, l'assuré ne peut plus révoquer la stipulation (3). Ainsi, lorsque la police contient une clause de rachat, l'assuré, s'il n'a pas usé de la faculté de rachat avant la déclaration d'acceptation, n'est plus recevable à l'exercer, car l'exercice de cette faculté n'est qu'un mode de révocation (4).

196. L'acceptation du bénéficiaire peut-elle utilement survenir après le décès de l'assuré ? L'affirmative est très généralement admise (5). Il doit en être ainsi pour que l'assurance

(1) Civ. cass., 16 janv. 1888, et Rouen, 21 mars 1893, précités. — Grenoble, 22 janv. 1901, D. P., 1901. 2. 337 (note de Dupuich), — Trib. civ. d'Angers, 10 déc. 1903, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1904. 1. 309, *Droit*, 21 fév. 1904. — Cpr. Douai, 25 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 92, *Mon. jud. Lyon*, 14 janv. 1904.

(2) Dijon, 11 avril 1900, D. P., 1901. 2. 309.

(3) Cela n'empêche pas toutefois que la révocation puisse avoir lieu par application des règles spéciales des donations. V. art. 953 s. — V. *infra*, n. 209 et 209-I.

(4) Civ. cass., 8 avril 1895, précité. — Lefort, *Nouv. études sur les ass. sur la vie*, dans le *Rec. pér. des ass.*, 1888, p. 209.

(5) *Sic*, Couteau, *op. cit.*, n. 493; Lefort, II, p. 109 et 111, note 1, et les auteurs cités; Dupuich, *op. cit.*, n. 48, p. 120 s.; Planiol, II, n. 2196. — Civ. cass., 8 fév. 1888, S., 88. 1. 130, D. P., 88. 1. 193. — Civ. cass., 7 août 1888, S., 89. 1. 97 (note de Labbé), D. P., 89. 1. 118. — Req., 22 juin 1891, S., 92. 1. 177 (note de Labbé), D. P., 92. 1. 205. — *Adde* Nancy, 18 fév. 1888, S., 90. 2. 27, D. P., 89. 2. 198. — Douai, 14 août 1890, S., 92. 1. 179, D. P., 92. 1. 205. — Bourges, 3 juin 1891, S., 94. 1. 67, D. P., 93. 1. 402. — Orléans, 17 janv. 1894, S., 94. 2. 76. — Agen, 25 mai 1894, S., 95. 2. 110, D. P., 95. 2. 513. — Grenoble, 11 déc. 1894, D. P., 96. 2. 97. — Douai, 14 mars 1895, *Journ. des assur.*, 96. 19. — Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245, D. P., 96. 2. 465. — Trib. civ. Mâcon, 12 juil. 1899, joint à Dijon, 11 avril 1900, D. P., 1901. 2. 309. — V. plusieurs autres décisions

réponde aux vues de celui qui la contracte. Dans la pratique, l'acceptation du bénéficiaire n'a guère lieu du vivant de l'assuré. Celui-ci, le plus souvent, tient son contrat secret, précisément en vue d'empêcher une acceptation qui lui lierait les mains. Il veut rester maître de la situation pendant toute sa vie, pouvoir priver par une révocation le bénéficiaire désigné du bénéfice de l'assurance, si celui-ci se montre indigne de la sollicitude dont il a été l'objet. En fait donc, le bénéficiaire ne pourra accepter qu'après le décès de l'assuré, puisqu'il ne connaîtra pas auparavant la stipulation faite en sa faveur. Si l'on déclarait impossible l'acceptation après ce décès, on rendrait caduque l'assurance, dans les conditions où elle se produit ordinairement, on supprimerait un rouage nécessaire à son fonctionnement.

Il a été objecté qu'aux termes de l'art. 932, la donation ne peut être acceptée que du vivant du donateur. Or l'assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée contient, comme nous le dirons bientôt, une donation de l'assuré au bénéficiaire désigné; donc cette donation ne peut pas être acceptée après la mort de l'assuré. Nous répondons que l'art. 932, de même que l'art. 931, n'a été écrit qu'en vue des donations ordinaires et peut-être un peu en haine de ces donations. Il ne faut donc pas l'appliquer aux libéralités faites par le mode exceptionnel qu'autorise l'art. 1121. Tout le monde admet que ces donations échappent aux prescriptions des art. 931 et 932 en ce qui concerne la forme soit de la donation, soit de l'acceptation; elles doivent échapper aussi aux prescriptions de l'art. 932 en ce qui regarde l'époque de l'acceptation. D'ailleurs, l'art. 1121 ne dit nullement que l'acceptation du bénéficiaire doive intervenir du vivant du stipulant. Au surplus, dans la théorie que nous croyons préférable, il ne s'agit pas ici d'une acceptation proprement dite. Le bénéficiaire n'a point à accepter une offre. Il a, dès

dans Dupuich, *op. cit.*, p. 122-123, note 5. — *Contra* Labbé, note, S., 77. 1. 394, col. 2; Herbault, *op. cit.*, n. 245 et 246 *bis*. — Caen, 14 mars 1876, S., 77. 2. 232, D. P., 77. 2. 131. — Trib. civ. de Troyes, *Rec. pér. des assur.*, 87. 514, *Journ. des assur.*, 88. 51. — Besançon, 26 oct. 1892, D. P., 94. 2. 57. — Trib. civ. Seine, 30 déc. 1896, *Rec. pér. des assur.*, 98. 405. *Journ. des assur.*, 97. 94.

la formation du contrat d'assurance, acquis le droit que ce contrat avait pour but de faire naître à son profit. Il s'agit simplement pour lui de prendre possession de ce droit (1).

197. L'acceptation *post mortem* peut-elle être empêchée par une révocation émanée des héritiers de l'assuré? La cour de cassation n'a pas eu encore à se prononcer sur ce point, ce qui peut sembler extraordinaire, la question paraissant d'une application pratique très fréquente. A notre avis, le droit de révocation est exclusivement attaché à la personne de l'assuré. Il ne peut pas être exercé après son décès par ses héritiers. La solution contraire serait en opposition avec les intentions manifestes de l'assuré; elle permettrait à ses héritiers de paralyser l'assurance en rendant impossible l'acceptation du bénéficiaire, qui, en pratique, ainsi que nous venons de le dire, se produit le plus souvent après la mort de l'assuré. Les héritiers ne peuvent pas plus révoquer la stipulation pour autrui contenue dans l'assurance faite par leur auteur au profit d'une personne déterminée qu'ils ne peuvent révoquer une disposition testamentaire faite par ce même auteur (2).

198. D'ailleurs l'acceptation du bénéficiaire, faite après le décès de l'assuré, peut, de même que celle qui est faite pendant sa vie (3), être expresse ou tacite. L'acceptation tacite résulte notamment de la réclamation que le bénéficiaire fait à la compagnie du capital de l'assurance (4).

(1) V. *supra*, n. 154 et 155.

(2) Lefort, *op. cit.*, II, p. 146-148; Bailly, *Observ. sur la transmission du bénéfice de l'assurance sur la vie et sur les clauses relatives à cette transmission*, *Rec. périod. des assur.*, 1889, p. 423; Dupuich, *op. cit.*, n. 230, p. 432 s.; Crépon, note, S., 88. 1. 121; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 540 *in medio*. — Trib. civ. Nîmes, 17 août 1874, *Journ. des assur.*, 75. 286. — Trib civ. Epernay, 17 août 1882, D. P., 83. 3. 71. — Paris, 5 mars 1886, S., 88. 2. 227. — Trib. civ. Bar-sur-Aube, 18 mars 1886, *Journ. des assur.*, 86. 266. — Trib. civ. Toulouse, 7 fév. 1895, *Rec. périod. des assur.*, 95. 191, *Journ. des assur.*, 95. 196. — Trib. civ. Bruxelles, 19 janv. 1897, *Journ. des assur.*, 97. 175. — Trib. civ. Bruxelles, 18 juin 1897, *Journ. des assur.*, 97. 558. — Cpr. Planiol, II, n. 1250. — *Contra* Douai, 10 déc. 1895, S., 98. 2. 243, D. P., 96. 2. 417.

(3) V. *supra*, 194.

(4) Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245, D. P., 96. 2. 465 (note de M. Dupuich). — V. d'autres décisions dans Dupuich, *Tr. prat. de l'assur. sur la vie*, p. 129, note 11.

Mais le simple fait, par le bénéficiaire, de donner avis à l'assureur du décès de l'assuré ne suppose pas nécessairement chez lui l'intention d'accepter la stipulation faite à son profit et ne saurait, par conséquent, valoir de sa part acceptation tacite [1].

Les principes que nous venons de poser en ce qui regarde soit l'acceptation, soit la révocation, sont consacrés par le projet de loi présenté le 12 juillet 1904 [2].

199. La déclaration, par le bénéficiaire, qu'il entend profiter de l'assurance peut avoir lieu valablement, suivant la cour de cassation, après la faillite du stipulant, car l'art. 1121 n'exige pas autre chose que la déclaration elle-même. D'ailleurs le fait que le bénéficiaire, en vue d'obtenir la remise de la police, intervient dans une instance pendante entre l'assuré et le syndic de la faillite du stipulant relativement à l'assurance contractée par celui-ci, manifeste suffisamment sa volonté d'accepter le bénéfice de l'assurance [3].

(1) Douai, 10 déc. 1895, S., 98. 2. 243, D. P., 96. 2. 417 (note de M. Dupuich).

(2) Art. 56 : « La stipulation en vertu de laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé devient irrévocable par l'acceptation du bénéficiaire. — Cette acceptation peut être expresse ou tacite. — Tant que l'acceptation n'a point eu lieu, le droit de révoquer cette stipulation n'appartient qu'au stipulant et ne peut, en conséquence, être exercé de son vivant par ses créanciers ni par ses représentants légaux. — Ce droit de révocation ne peut être exercé, après la mort du stipulant, par ses héritiers, que trois mois au moins après que le bénéfice de l'assurance est devenu exigible et un mois au moins après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure d'avoir à déclarer s'il l'accepte. — L'acceptation par le bénéficiaire de la stipulation faite à son profit ou la révocation de cette stipulation n'est opposable à l'assureur que lorsqu'il en a eu connaissance. — L'attribution du bénéfice d'une assurance sur la vie à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l'existence du bénéficiaire à l'époque de l'exigibilité du capital ou de la rente assurée, à moins que le contraire ne résulte des termes de la stipulation ou des circonstances ».

(3) Civ. cass., 8 avril 1895, S., 95. 1. 265, D. P., 95. 1. 441. — *Adde* Trib. civ. Epernay, 17 août 1882, D. P., 83. 3. 71. — Besançon, 2 mars 1887, S., 87. 2. 213; D. P., 88. 2. 1. — Rouen, 6 avril 1895, D. P., 95. 2. 545. — Trib. civ. Toulouse, 9 avril 1897, *Rec. périod. des assur.*, 97. 522, *Journ. des ass.*, 98. 59. — Dijon, 11 avril 1900, D. P., 1901. 2. 309. — Lefort, *op. cit.*, II, p. 108, p. 292-293; Dupuich, *op. cit.*, n. 48, p. 122 *in fine*. — A plus forte raison en est-il de même au cas de liquidation judiciaire du preneur d'assurance. — Mais voyez en sens contraire, pour le cas de faillite, Douai, 9 juin 1886, S., 89. 1. 98, D. P., 89. 1. 118. — Dijon, 13 janv. 1888, S., 89. 1. 353, D. P., 90. 1. 73. — Trib. co. Elbeuf, 21 août 1894, D. P., 95. 2. 545.

200. D'après de nombreux arrêts, l'acceptation du bénéficiaire, expresse ou tacite, faite pendant la vie de l'assuré ou après son décès, *rétroagit* au jour du contrat. En effet la stipulation pour autrui que contient l'assurance en cas de décès au profit d'une personne déterminée, peut s'analyser de la manière suivante : L'assuré stipule de la compagnie, comme contre-valeur des primes qu'il verse ou versera, qu'elle paiera un capital de... à sa succession ou à telle personne déterminée *si celle-ci accepte la stipulation faite à son profit.* Une fois accomplie, cette condition rétroagit, aux termes de l'art. 1179 (1).

Mais, suivant d'autres décisions, notamment suivant le plus récent des arrêts que la cour suprême a rendus sur la question, lorsque la stipulation pour autrui contenue dans un contrat d'assurance sur la vie est pure et simple, elle confère immédiatement un droit au bénéficiaire (2).

Ce sont là deux points de vue différents, sur lesquels nous

(1) *Sic* Caen, 14 mars 1876, S., 77. 2. 332, D. P., 77. 2. 131. — Rouen, 22 mars 1881, S., 82. 2. 40. — Bordeaux, 21 mai 1885, S., 86. 2. 38. — Douai, 12 juin 1886, joint à Civ. cass., 8 fév. 1888, S., 88. 1. 128, D. P., 88. 1. 199. — Besançon, 2 mars 1887, S., 87. 2. 213, D. P., 88. 2. 1. — Nancy, 18 fév. 1888, D. P., 89. 2. 198. — Req., 22 juin 1891, S., 92. 1. 177, D. P., 92. 1. 205. — Grenoble, 11 déc. 1894, D. P., 96. 2. 97. — Rouen, 6 avril 1895, D. P., 95. 2. 545. — Paris, 10 mars 1896, précité. — Trib. civ. Seine, 2 avril 1898, D. P., 98. 2. 373. — Voir, pour d'autres décisions, Dupuich, *op. cit.*, p. 135, note 2. — Dans le même sens, Lefort, *op. cit.*, I, p. 111-112. — *Contra* Labbé, note dans S., 77. 1. 394, vol. 1 *in fine*.

(2) Civ. rej., 2 juil. 1884, S., 85. 1. 5, D. P., 85. 1. 1. 150. — Civ. cass., 8 fév. 1888, Civ. rej., 27 mars 1888, Civ. cass., 7 août 1888, précités. — Civ. cass., 8 avril 1895, S., 95. 1. 265, D. P., 95. 1. 441. — Douai, 14 mai 1895, *Journ. des assur.*, 96. 19. — Civ. rej., 9 mars 1896, S., 97. 1. 225, D. P., 96. 1. 391. — Amiens, 18 mai 1897, S., 1901. 2. 12, D. P., 98. 2. 369. — Paris, 5 mai 1899, D. P., 1901. 2. 240. — Trib. civ. Mâcon, 12 juil. 1899, précité. — *Sic.* Lefort, *op. cit.*, I, p. 224-229 ; Coulazou, *op. cit.*, p. 61 ; Edouard Lambert, *op. cit.*, n. 86 ; Dupuich, *op. cit.*, n. 47, p. 119-120 et n. 53, p. 134-136. — La cour de cassation a décidé qu'il en était ainsi alors même que la stipulation au profit d'une personne déterminée n'a été insérée qu'après coup, au moyen d'un avenant, dans l'assurance sur la vie que le stipulant a, dans le principe, contractée au profit de ses héritiers ou ayants droit. Dans ce cas, la créance contre l'assureur n'a jamais appartenu au stipulant, et l'assurance produit le même effet que si, à l'origine, elle avait été contractée au profit du tiers désigné dans l'avenant. C'est qu'en effet l'assuré, en stipulant dans le contrat primitif au profit de ses héritiers ou ayants droit, s'est implicitement réservé la faculté de déterminer ultérieurement le véritable bénéficiaire de l'assurance. — Civ. cass., 7 août 1888, précité. — *Adde* Grenoble, 22 janv. 1901, D. P., 1901. 2. 337 (note de Dupuich).

avons déjà eu l'occasion de nous prononcer en exposant la théorie générale des stipulations pour autrui [1].

201. Mais, que l'on préfère le premier ou le second, il faut admettre les déductions suivantes :

1° On doit se reporter au moment du contrat pour apprécier la capacité du bénéficiaire. Il importera donc peu que celui-ci vienne à mourir avant l'assuré; ses héritiers pourront réclamer le bénéfice de l'assurance [2].

Toutefois cette dernière solution ne doit pas être admise quand l'assurance a été faite sous la condition de survie.

202. 2° Le bénéficiaire acquiert contre la compagnie un droit *direct* et *personnel* dérivant du contrat d'assurance même. Le capital de l'assurance lui appartient *jure proprio* et non *jure hereditario*. En effet ce capital, qui est une *valeur créée*, ne se formant et ne commençant d'exister qu'au décès de l'assuré et par le fait même de ce décès, n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré et se trouve, par suite, en dehors de sa succession [3]. C'est ce que l'on peut induire aussi par argument *a contrario* de l'art. 6 de la loi du 21 juin 1875, où on lit : « Sont considérés, *pour la perception du droit*

(1) V. *supra*, n. 154 et 155.

(2) Civ. cass., 8 fév. 1888, précité.

(3) Civ. rej., 2 juil. 1884, précité; 6 fév. 1888, S., 88. 1. 129, D. P., 88. 1. 193. — Civ. cass., 8 fév. 1888, précité — Civ. rej., 22 fév. 1888, S., 88, 1. 130, D. P., 88. 1. 198. — Civ. cass., 7 août 1888, précité. — Civ. cass., 23 juil. 1889, S., 90. 1. 5, D. P., 90. 1. 383. — *Adde* Caen, 14 mars 1876, S., 77. 2. 332, D. P., 77. 2. 131. — Besançon, 14 mars 1883, D. P., 83. 2. 129. — Bordeaux, 21 mai 1885, S., 86. 2. 28, *Journ. des assurances*, 1885, p. 537. — Trib. civ. de Bar-le-Duc, 3 mars 1886, *ibid.*, 86, p. 227. — Montpellier, 15 mars 1886, *ibid.*, 86, p. 208. — Trib. civ. de Bar-sur-Aube, 18 mars 1886, *ibid.*, 1886, p. 266. — Trib. civ. de Clermont-Ferrand, 24 mai 1886, *ibid.*, 1886, p. 547. — Douai, 12 juin 1886, S., 88. 1. 128, D. P., 88. 1. 199. — Trib. civ. de Bar-sur-Seine, 13 juil. 1886, *Journal des assurances*, 1886, p 529. — Douai, 14 fév. 1887, précité. — Besançon, 2 mars 1887, S., 87. 2. 213, D. P., 88. 2. 1. — Orléans, 26 mars 1887, D. P., 88. 2. 140. — Trib. civ. de Reims, 7 avril 1887, *Journ. des assur.*, 1887, p. 456. — Trib. com. de Caen, 21 mai 1887, *ibid.*, 1888, p. 523. — Nancy, 17 janv. 1888, D. P., 89. 2. 153. — Nancy, 18 fév. 1888, précité. — Lyon, 1er mai 1888, *Journ. des assur.*, 1888, p. 502. — Bourges, 7 mai 1888, *ibid.*, 1888, p. 480. — Amiens, 31 janv. 1889, S, 90. 2. 5, D. P., 91. 2. 9. — Paris, 5 mai 1899, D. P., 1901. 2. 240; 10 janv. 1900, S., 1904. 2. 105 (note de Wahl), D. P., 1900. 2. 489. — V. aussi Civ. cass. de Hollande, 29 juin 1888, *Journ. des assur.*, 1888, p. 11, et la dissertation de Boistel dans D. P., 89. 2. 145, col. 1.

de mutation par décès, comme faisant partie de la succession d'un assuré... les sommes, rentes ou émoluments quelconques dus par l'assureur, à raison du décès de l'assuré » (1).

Cette déduction du principe est d'une importance extrême à raison des conséquences qu'elle engendre; nous allons indiquer les principales :

203. *a.* Le bénéficiaire n'a pas besoin, pour avoir droit au profit de l'assurance, d'accepter la succession de l'assuré. Il lui suffit d'accepter la stipulation faite à son profit : ce qu'il a le droit de faire, ainsi qu'on l'a vu, même après le décès de l'assuré (2).

Nous avons dit que, tant que l'acceptation du bénéficiaire n'est pas survenue, l'assuré peut révoquer la stipulation, et que le droit de révocation n'appartient pas à ses héritiers.

204. *b.* Les créanciers de l'assuré ne peuvent pas disputer au bénéficiaire le profit de l'assurance, même quand l'assuré est mort en état de faillite (3). Leur droit de gage n'existe en effet que sur des biens qui, ayant fait partie du patrimoine de leur débiteur pendant sa vie, composent aujourd'hui sa succession (4).

(1) Civ. cass., 16 janv. 1888, et Civ. rej., 6 fév. 1888, S., 88. 1. 127, D. P., 88. 1. 77 et 93. — Req., 22 juin 1891, précité. — Ces principes sont consacrés par le projet de loi déposé le 12 juil. 1904 : « Les sommes stipulées payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé, — dit ce projet, — ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir un seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ». Art. 59.

(2) Planiol, II, n. 2198, 2°.

(3) Civ. cass., 16 janv. 1888, S., 88. 1. 121, D. P., 88. 1. 77. — Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245, D. P., 96. 2. 465. — V. Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 548-552.

(4) Sur ce point le projet de loi présenté le 12 juil. 1904 s'exprime ainsi : « Le capital assuré au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peut être réclamé par les créanciers de l'assuré. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes dans les cas indiqués par l'art. 77, 2° alinéa, en vertu soit de l'art. 1167 du Code civil, soit en vertu des art. 446 et 447 du Code de commerce ». Art. 61. — V. pour l'étude critique de la jurisprudence Pinchon, *Assurances sur la vie au profit d'autrui. — Théorie de la création, au profit du tiers désigné dans la police, de la créance du capital assuré. Application de cette théorie au cas où le tiers assuré est en conflit avec des créanciers du contractant, qui invoquent l'art. 1167 du Code civil ou l'art. 446 du Code de commerce. Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXX (1901), p. 470-484. — V. aussi du même auteur, *De la formation du système adopté par la jurisprudence pour expliquer la création directe, au profit des*

Ils n'ont même pas, du moins en principe, le droit d'exiger du bénéficiaire la restitution des primes payées par l'assuré. Comme nous allons le dire à l'instant, il y a donation faite par l'assuré au bénéficiaire du montant de ces primes ; or les créanciers, le cas de fraude excepté, n'ont aucun droit sur les biens qui sont sortis du patrimoine de leur débiteur par une donation.

Par application de la première de ces propositions, la cour de cassation décide que les art. 446 et 447 C. com. ne sont pas applicables à l'assurance sur la vie que le failli a contractée, dans les dix jours qui ont précédé la déclaration de faillite, au profit d'un de ses créanciers. L'assurance contractée dans ces conditions saisit immédiatement le bénéficiaire d'une créance contre la compagnie, et, cette créance n'ayant jamais été dans le patrimoine du failli, le bénéfice n'en peut être revendiqué par les autres créanciers de celui-ci. Sans doute le créancier, au profit duquel la police a été souscrite obtient ainsi un avantage pécuniaire, mais il ne l'acquiert pas aux dépens de la masse. Toutefois cette dernière a le droit de répéter les primes payées par le failli [1].

2041. *c.* L'assurance sur la vie contractée par un prodigue, sans l'assistance de son curateur, au profit d'un tiers ne saurait être annulée comme constituant une aliénation d'un

tiers désignés dans les polices d'assurances sur la vie, de la créance du capital assuré. — Application de ce système en matière de saisie-arrêt. Même rev., XXIX (1900), p. 612-629.

[1] Civ. rej., 27 mars 1888, S., 88. 1. 130, D. P., 88. 1. 198. — *Adde* Bordeaux, 21 mars 1885, S., 86. 2. 38. — Besançon, 2 mars 1887, S., 87. 2. 213, D. P., 88. 2. 1. — Grenoble, 22 janvier 1901 (avenant désignant un tiers comme bénéficiaire et souscrit dans les dix jours qui ont précédé la date de la cessation des paiements, D. P., 1901. 2. 337. — Alger, 9 mars 1904 (*id.*), S., 1904. 2. 311. — V. dans le même sens Couteau, *op. cit.*, II, n. 535, p. 505 ; Mornard, *op. cit.*, p. 325 ; Lefort, *op. cit.*, II, p. 282 s., et *Du droit de la femme bénéficiaire d'une assurance sur la vie en cas de faillite du mari, Rev. périod. des assur.*, 1886, p. 63 s. ; Crépon, note S., 88. 1. 125, col. 2, VII ; Dupuich, *op. cit.*, n. 222, p. 424-426. — Quant à l'assurance contractée au profit d'une femme par son mari, commerçant failli, voir, pour l'étude critique de la jurisprudence, Pinchon, *Assurances sur la vie au profit d'autrui. — Théorie de la création directe, sur la tête du tiers désigné dans la police, de la créance du capital assuré. — Application de cette théorie au cas où l'assurance a été contractée par un commerçant failli au profit de sa femme, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXI (1902), p. 502-514 et p. 550-572.

capital mobilier aux termes de l'art. 513 C. civ., car, fait observer la cour de cassation « le capital dont le paiement a été stipulé a été éventuellement dû, non au stipulant, mais au tiers bénéficiaire, à partir du jour même de la stipulation » (1).

205. Dans la plupart des cas, le bénéficiaire désigné est donataire de l'assuré (2). Sans doute il acquiert un droit personnel et direct contre la compagnie, mais le bénéfice qu'il obtient ainsi, il le doit à la libéralité de l'assuré qui a fait la stipulation dont il profite et qui a payé les primes. Cette donation est dispensée des formes prescrites par le droit commun, mais elle demeure soumise aux règles de fond des donations en général, notamment aux dispositions législatives concernant le rapport et la réduction (3). Le bénéficiaire rapportera donc le montant de la libéralité à la succession de l'assuré, s'il vient à cette succession en concours avec d'autres héritiers (4). Au cas où l'assuré laisserait des héritiers réservataires, le montant de cette même libéralité devra être compris dans la masse des biens donnés, pour le calcul

(1) Civ. rej., 9 mars 1896, S., 97. 1. 225 (note conforme d'Esmein), D. P., 96. 1. 391. — V. sur cette décision Vigié, *Examen doctrinal, Jurisprudence civile, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXIX (1900), p. 67-71.

(2) Il peut arriver que l'attribution du capital de l'assurance à une personne déterminée ait été faite à titre de paiement d'une dette, à titre de prêt... auquel cas cette attribution constitue certainement un acte à titre onéreux. — Couteau, *op. cit.*, I, n. 217; Labbé, note S., 94. 1. 66, col. 2 et 3; Planiol, note D., 93. 1. 401; Dupuich, *op. cit.*, n. 17, p. 54-62; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 544. — Amiens, 26 avril 1888, S., 88. 2. 220; 8 mai 1888, S., 88. 2. 177, D. P., 90. 1. 383; 31 janv. 1889, S., 90. 2. 5, D. P., 91. 2. 9. — Douai, 16 janv. 1897, D. P., 97. 2. 425. — Amiens, 4 août 1898, D. P., 1902. 2. 24. — Cpr. Req., 21 juin 1876, S., 76. 1. 400, D. P., 78. 1. 429; 9 mai 1881, S., 81. 1. 337, D. P., 81. 1. 97. — Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer le caractère de l'acte. — Cpr. Civ. cass., 22 fév. 1893, D., 93. 1. 401 (note Planiol). — Quant aux particularités bizarres que présente la donation résultant d'une assurance sur la vie et aux explications qu'on peut proposer pour nier qu'il y ait ici donation, v. Labbé, note sous Civ. cass., 23 juil. 1889, S., 90. 1. 6, col. 1 ; Planiol, note précitée; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 545-546.

(3) Civ. cass., 8 fév. 1888, S., 88. 1. 121 (note Crépon), D. P., 88. 1. 198. — Civ. cass., 22 fév. 1893, D. P., 93. 1. 401. — *Adde* Douai, 14 fév. 1887, S., 88. 2. 49, D. P., 87. 2. 136. — Aix, 20 mars 1888, S., 89. 2. 17. — Amiens, 8 mai 1888, S., 88. 2. 177. — Rouen, 21 mars 1893, D. P., 94. 2. 171. — *Contra* Bourges, 7 mai 1888, S., 89. 2. 16.

(4) Agen, 25 mai 1894, D. P., 95. 2. 513 (note de M. Dupuich).

de la quotité disponible, conformément à l'art. 922, et le bénéficiaire subira la réduction si la libéralité excède la quotité disponible (1).

206. Mais voici une question fort délicate. Quel est, à ce double point de vue du rapport et de la réduction, le montant de la libéralité résultant de l'assurance ? Est-il égal au capital de l'assurance ? Ou seulement au montant des primes qui ont été payées par l'assuré ?

La chambre civile a d'abord décidé, par un arrêt du 8 février 1888, que le montant de la libéralité est égal au capital de l'assurance. C'est donc de ce capital qu'il devrait être fait état soit pour le rapport, soit pour la réduction (2).

Mais, par un arrêt du 29 juin 1896, la même chambre s'est prononcée pour la solution contraire (3), qui avait été déjà consacrée par plusieurs cours d'appel (4), et par la loi

(1) *Adde* aux arrêts cités *supra* en note, Amiens, 31 janv. 1889 (motifs), S., 90. 2. 5.

(2) Civ. cass., 8 fév. 1888, précité. — Plusieurs décisions avaient été déjà rendues dans ce sens. — Besançon, 15 déc. 1869, S., 70. 2. 201, D. P., 69. 2. 95. — Montpellier, 15 déc. 1873, S., 74. 2. 81, D. P., 74. 2. 101. — Req., 10 nov. 1874 (sur pourvoi contre l'arrêt précité de Montpellier), S., 75. 1. 107, D. P., 75. 1. 248; 21 juin 1876, S., 76. 1. 400, D. P., 78. 1. 429. — Rouen, 6 fév. 1878, S., 78. 2. 222, D. P., 78. 2. 189. — Paris, 26 nov. 1878, S., 79. 2. 44, D. P., 79. 2. 152. — Req., 9 mai 1881, S., 81. 1. 337, D. P., 82. 1. 97. — Paris, 5 mars 1886, S., 88. 2. 227. — Douai, 14 fév. 1887, S., 88. 2. 49, D. P., 87. 2. 136. — On peut citer encore dans le même sens Trib. de la Seine, 25 juin 1875, *Journ. des assur.*, 1875, p. 438; 15 juil. 1881, même rec., 1881, p. 220; 16 fév. 1882, même rec., 1882, p. 458; 15 juillet 1884, même rec., 1885, p. 32. — Trib. de Lyon, 18 mars 1885, même rec., p. 262. — En fait de décisions postérieures à l'arrêt du 8 fév. 1888, nous citerons: Agen, 25 mars 1894, précité. — Trib. civ. Toulouse, 7 fév. 1895, *Rec. périod. des assur.*, 95. 191, *Journ. des assur.*, 95. 196.

(3) Civ. rej., 29 juin 1896, S., 96. 1. 361, D. P., 97. 1. 73, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 373. — Certains auteurs considèrent ce revirement comme très important au point de vue de la liberté testamentaire. — Casajeux, *Chronique du mouvement social*, dans la *Réforme sociale*, 1896, p. 830 s.; Charmont, *Examen doctrinal, jurisprudence civile*, dans *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XLVIe année, nouv. série, XXVI, 1897, p. 337 s.

(4) Rennes, 9 fév. 1888, S., 89. 2. 121. — Nancy, 18 fév. 1888, S., 90. 2. 27, D P., 89. 2. 198. — Bourges, 7 mai 1888, S., 89. 2. 16. — Chambéry, 26 mars 1889, *Journ. des assur.*, 1889, p. 182. — Paris, 30 avril 1891, S., 91. 2. 189, D. P., 92. 2. 153 (note de Dupuich); 30 mai 1894, joint à Civ. rej., 29 juin 1896, précité. — Douai, 14 mars 1895, *Journ. des assur.*, 1896, p. 19. — V. aussi Trib. de Morlaix, 16 déc. 1891, *Journ. des assur.*, 1892, p. 86; Trib. de Rouen, 27 juin 1893, *Rec. de Rouen*, 1894. 1. 75. — Trib. de Rennes, 21 fév. 1894, *Rec. des assur.*, 1894, p. 314.

belge du 11 juin 1874, art. 43. Cette dernière solution nous paraît préférable. Ce qu'il importe de considérer ici, c'est moins l'enrichissement du donataire que l'appauvrissement du donateur. Le donateur ne donne que ce qu'il fait sortir de son patrimoine, donc seulement le montant des primes. Le surplus, le donataire le doit au résultat d'un contrat aléatoire qui a tourné à son profit. Si je donne à quelqu'un une obligation du canal de Panama et que le donataire gagne le gros lot de 500.000 fr., dira-t-on que j'ai fait donation de cette somme ? Il faudra donc soit au point de vue du rapport, soit au point de vue de la réduction, calculer seulement sur le montant des primes payées par l'assuré. Cela d'ailleurs est très conforme aux vues du législateur en matière de rapport et de réduction. Le rapport a pour but de reconstituer le patrimoine du défunt tel qu'il se serait trouvé à son décès s'il n'avait pas fait de libéralités. La même vue a dicté l'art. 922, qui indique comment il y a lieu de procéder pour savoir si la quotité disponible a été excédée. Il faut donc se préoccuper de ce qui est sorti du patrimoine de l'assuré, par conséquent seulement du montant des primes payées (1).

Cependant certaines cours d'appel, bien qu'elles fussent appelées à résoudre la question depuis le revirement qui s'est produit dans la jurisprudence de la chambre civile, se sont prononcées dans le même sens que l'arrêt de 1888 (2). Ajoutons que leur résistance est énergiquement approuvée par M. Vigié (3).

(1) *Sic* Dupuich, *op. cit.*, n. 232 et note sous Agen, 25 mai 1894, précité, dans Dalloz; Wahl, *L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses*, n. 6-9, 11-13 (discussion approfondie), *Rev. trim. dr. civ.*, I (1902), p. 24-35; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 555-557. — Cpr. Lefort, *Tr. th. et prat. du contr. d'assur. sur la vie*, II, p. 344-348. — La doctrine consacrée par l'arrêt du 29 juin 1896 a été, postérieurement à cette décision, suivie par la cour d'Amiens et par celle de Paris. — Amiens, 18 mai 1897, S., 1901. 2. 12, D. P., 98. 2. 369. — Paris, 23 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 212, S., 1900. 2. 1, D. P., 98. 2. 374; 5 mai 1899, D. P., 1901. 2. 240; 10 janv. 1900, D. P., 1900. 2. 489.

(2) Douai, 16 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 294, S., 1900. 2. 1 (note de Wahl en sens contraire). — Rouen, 29 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 237, S., *ibid.*, D. P., 98. 2. 289. — *Adde* Trib. civ. Seine, 6 mars 1897, *Mon. jud. de Lyon*, 16 juin 1897.

(3) *Examen doctrinal, jurisprudence civile, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XX (1901), p. 211-226.

207. D'ailleurs, il est difficile, ou plutôt il nous paraît impossible de concilier la solution donnée en premier lieu par la chambre civile avec la jurisprudence que la cour suprême a adopté en matière de faillite (1). La cour décide que lorsqu'une assurance sur la vie a été faite par un mari au profit de sa femme, les créanciers du mari tombé en faillite ne peuvent pas exiger de la femme qu'elle rapporte à la faillite, par application de l'art. 564 du Code de commerce, le capital de l'assurance, mais seulement le montant des primes payées par le failli (2). Aux yeux de la cour, il n'y a donc donation que pour le montant des primes, car d'après l'art. 564 C. co. (que tous les auteurs s'accordent à étendre en vertu d'un argument *a fortiori* aux donations faites pendant le mariage), la femme doit rapporter le montant de la donation (3).

208. Encore devons-nous faire observer que, d'après la majeure partie de la doctrine, le paiement des primes ne doit être pris en considération au point de vue du rapport et de la réduction que suivant les circonstances, c'est-à-

(1) Labbé, notes S., 88. 2. 177 et 89. 2. 121 ; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1888, p. 197, et 1889, p. 240; Pic, même rec., 1892, p. 232; Naquet, note, S., 89. 2. 17 ; Flurer, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1889, p. 324; Lefort, note, *Pand. franç.*, 1900, p. 209, et *Tr. th. et prat. du contr. d'assur. sur la vie*, II, p. 329; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des success.*, III, 1re édit., n. 3580 et 2e édit., n. 2766 ; Dupuich, *Tr. prat. des assur. sur la vie*, n. 232; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 553 *in fine*-555. — On a cependant prétendu le contraire. V. Boistel, note dans D., 89. 2. 153; Labbé, note, S., 90. 1. 5; Charmont, *op. cit.*, *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, XLVIe année, nouvelle série, XXVI, p. 341 s. — Mais voyez sur ces essais de conciliation E. Naquet, note précitée; Dupuich, *op. cit.*, p. 441 s.

(2) Civ. rej., 22 fév. 1888, S., 88. 1. 130, D. P., 88. 1. 193. — Civ. cass., 7 août 1888, S., 89. 1. 97, note Labbé. — Civ. cass., 23 juill. 1889, S., 90. 1. 5, note Labbé. — *Adde* Nancy, 17 janv. 1888, D. P., 89. 2. 153, note Boistel. — Alger, 17 oct. 1892, S., 93. 1. 137, note Labbé. — Note Crépon, sous l'arrêt précité du 22 fév. 1888, dans S., 88. 1. 124, col. 3 *in fine*, et Thaller, *Annales de dr. commercial*, 1888, p. 195 s.; Lefort, *op. cit.*, II, p. 291-292. — En sens contraire Paris, 1er août 1879, S., 80. 2. 249, et, sur pourvoi, Req., 2 mars 1881, S., 81. 1. 145 (note Labbé, critiquant la décision de la cour suprême). — Amiens, 8 mai 1888, S., 88. 2. 177 (cassé par l'arrêt précité du 23 juil. 1889), et Amiens, chambres réunies du 31 janv. 1889, après cassation d'un arrêt de la cour de Douai du 9 juin 1886, statuant dans le même sens. — V. sous Civ. cass., 7 août 1888, précité.

(3) Il nous paraît évident que sur ce point la cour suprême a manqué de logique. V. Labbé, notes sous Rennes, 9 fév. 1888, S., 89. 2. 122, col. 2, sous Civ. cass., 7 août 1888, S., 89. 1. 97, et sous Civ. cass., 3 juil. 1889, S., 90. 1. 5, col. 2 *in medio*.

dire lorsqu'il apparaît que les primes ont été payées aux dépens du capital du preneur d'assurance [1]. Dans cette opinion, si le montant des primes a été prélevé sur les revenus que ce dernier aurait dépensés en vivant plus largement, on ne doit en faire état ni pour le rapport, ni pour la réduction, car les héritiers n'ont jamais pu s'attendre à retrouver ces revenus dans la succession, et, en conséquence, on ne peut pas dire que le paiement des primes ait amoindri le capital [2].

Mais cette solution nous paraît inexacte. Rationnellement elle ne saurait être défendue. Le but du rapport est de rétablir l'égalité entre les héritiers; or, ce but doit être poursuivi aussi bien lorsque le montant de la libéralité est prélevé sur les revenus que lorsqu'il a été pris sur le capital. De plus, contrairement à ce que prétendent certains auteurs, l'art. 852 ne fournit point un argument en faveur de l'opinion adverse. S'il exempte du rapport les frais d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage, ce n'est point parce qu'ils sont payés avec les revenus; ce qui le prouve bien, c'est que ce texte s'applique alors même que les frais par lui visés sont prélevés sur le capital. Au surplus la distinction que nous repoussons donnerait lieu, en pratique, à des difficultés insolubles. Comment reconnaître que l'assuré, s'il n'avait pas traité avec la compagnie, aurait fait de ses revenus tel ou tel emploi? Ou plutôt le fait même qu'il a consacré à une assurance sur la vie l'excédent de ses revenus sur ses dépenses courantes ne doit-il pas faire supposer qu'en l'absence de ce contrat, il aurait placé cet excédent? Enfin, si l'on se place au point de vue de la réduction, il faut remarquer que la réserve est placée au-dessus de la volonté du disposant et que le législateur préfère les héritiers aux donataires et

(1) Lefort, *op. cit.*, II, p. 324, note 1 *in fine*, E. Naquet, note dans S., 86. 2. 17; Dupuich, *op. cit.*, n. 233, p. 447 s. — Trib. civ. Seine, 2 avril 1898, D. P., 98. 2. 373, *Rec. périod. des assur.*, 98. 417.

(2) Trib. civ. Genève, 16 déc. 1882, *Journ. des assur.*, 83. 220. — Trib. civ. Draguignan, 17 mars 1887, joint à Aix, 20 mars 1888, S., 89. 2. 17. — Trib. civ. Chambéry, 26 mars 1889, *Journ. des assur.*, 89. 182.

légataires sans distinguer suivant que les libéralités portent sur le capital ou sur les revenus [1].

Remarquons, d'ailleurs, que la cour de cassation déclare sujettes au rapport [2] et à la réduction [3] les donation faites sur les revenus. Elle n'a pas été, il est vrai, appelée à résoudre la question à propos de l'assurance sur la vie; mais on doit supposer qu'à l'occasion elle appliquerait à notre matière le principe posé par elle.

Il est probable, toutefois, qu'elle considèrerait les primes comme dispensées de rapport si elles étaient modiques relativement à l'importance des revenus de l'assuré. Alors, en effet, elles pourraient être assimilées aux *présents d'usage*, qui, aux termes de l'art. 852, sont dispensés de rapport [4].

208 I. Par suite de la façon dont les tarifs des compagnies sont calculés, le total des primes, si l'assuré vit au delà d'un certain nombre d'années, se trouve dépasser le montant du capital versé par l'assureur au bénéficiaire. Faut-il, même alors, décider que la libéralité porte sur le total des primes? Cette question, qui paraît neuve, s'est posée, il y a peu d'années, devant la cour de Paris. Celle-ci, par son arrêt du 10 janvier 1900, s'est prononcée pour l'affirmative. Et voici les raisons qu'elle invoque : Le bénéficiaire avait la faculté d'accepter ou de refuser le contrat stipulé à son profit. Par son acceptation, il « l'a fait sien, avec toutes les conséquences qu'il comporte au point de vue tant du capital à payer par la compagnie d'assurances, que des sommes qui ont été payées (par l'assuré) pour alimenter l'assurance »; *aucun*

(1) Wahl, *op. cit.*, n. 16-49, *Rev. trim. dr. civ.*, I, 1902, n. 18-20, p. 36-40, et n. 40, p. 59-60, et note sous Rouen, 29 mai 1897, et Paris, 23 juin 1898, S., 1900. 2, p. 3, 3e col. *in medio*, et p. 4.

(2) Req., 13 janvier 1899, S., 1902. 1. 185. D. P., 1901. 1. 133.

(3) Req., 30 juillet 1900 (sol. impl.), S., 1902. 1. 177.

(4) C'est la solution admise dans le projet présenté le 12 juillet 1904. Après avoir disposé dans son premier alinéa que : « Les sommes payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne sont soumises ni aux règles de rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers de l'assuré », l'art. 60 de ce projet ajoute dans son second alinéa : « Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par l'assuré à titre de primes, *à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés* » — V. aussi Bayleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 559 *in fine*, et 560.

principe juridique ne permet de le restituer contre cette acceptation, par le seul motif qu'elle lui serait désavantageuse (1). Mais ce raisonnement ne saurait nous convaincre. Le rapport et la réduction ne peuvent porter que sur le montant de la libéralité. Or, pour qu'une valeur puisse être considérée comme comprise dans une donation, il faut non seulement qu'elle soit sortie du patrimoine du donateur, mais aussi qu'elle soit entrée dans celui du donataire. On ne conçoit l'existence d'une donation que dans la mesure où le donataire s'est enrichi. Dans notre hypothèse, l'excédent des primes sur le capital a sans doute contribué à l'appauvrissement du stipulant, mais il n'a pas augmenté l'enrichissement du bénéficiaire. Il ne pourra donc pas être compris dans l'objet de la donation (2).

209. D'après la plupart des auteurs et d'après la jurisprudence, l'assurance sur la vie, souscrite pendant le cours du mariage par l'un des époux au profit de l'autre (3), offre cette particularité que l'assuré peut, même après l'acceptation de son conjoint, révoquer la stipulation faite en faveur de ce dernier. En effet les donations entre époux pendant le mariage sont essentiellement révocables. Arg. art. **1096** (4).

(1) S., 1904. 2. 105, D. P., 1900. 2. 489 (note Dupuich).

(2) Wahl, note sous l'arrêt précité, S., 1904. 2. 106, col. 1 *in medio*, IV; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, p. 557.

(3) Les assurances sur la vie faites par un époux au profit de l'autre donnent lieu à des difficultés particulières. — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois, et Surville, *Contr. de mar.*, I, n. 283, 853. — V. aussi Wahl, *op. cit.*, n. 50-57, *Rev. trim. dr. civ.*, I (1902), p. 67-73; Lacoste, *Examen de quelques questions relatives à la donation contenue dans une assurance en cas de décès au profit d'un tiers déterminé*, n. 5-20, *Rev. trim. de dr. civ.*, 4e année (1905), p. 206-224; Pinchon, *Des assurances sur la vie au profit d'autrui. — Applications faites par la jurisprudence du système de la cession aux assurances contractées par des époux communs en biens. Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXVIII (1899), p. 236 s., et XXIX (1900), p. 286 s.; Dupuich, *op. cit.*, n. 245, 249-251, 257-259; Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 560-570.

(4) *Sic* Dupuich, *op. cit.*, n. 46, p. 115; Planiol, II, n. 2203. — Rennes, 23 juin 1879, D. P., 79. 2. 155. — Trib. civ. de Troyes, 13 juin 1887, *Journ. des assur.*, 1888, p. 51. — Trib. civ. Morlaix, 20 fév. 1890, *Journ. des assur.*, 1890, p. 224. — Trib. civ. de Bourges, 17 juil. 1890, *Journ. des assur.*, 1891, p. 24; 3 juin 1891, D. P., 93. 1. 402. — Civ. cass., 22 fév. 1893, S., 94. 1. 65, D. P., 93. 1. 401 (note Planiol), et sur renvoi, Orléans, 17 janv. 1894, S., 94. 2. 76. — Rouen, 21 mars 1893, D. P., 94. 2. 171 6 avril 1895, D. P., 95. 2. 545. — Paris, 10 mars 1896,

Ainsi formulée, cette proposition est inexacte. La révocation autorisée par l'art. 1096 ne saurait porter sur la stipulation pour autrui contenue dans l'assurance, mais seulement sur la donation qui résulte de cette stipulation. Il faut, en effet, se garder de confondre la révocation dont nous parlons maintenant avec celle qui a lieu en vertu de l'art. 1121. La révocation visée par ce dernier texte porte sur les stipulations pour autrui et n'est plus possible après l'acceptation. Celle dont il s'agit dans l'art. 1096 est particulière aux *donations* et suppose essentiellement que l'offre de libéralité a été acceptée. Or, si l'on admet avec la jurisprudence la plus récente et avec la plupart des auteurs que, dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé, la donation a pour objet, non le capital, mais le montant des primes, c'est exclusivement à celui-ci que peut s'appliquer la révocation faite en vertu de l'art. 1096. Ainsi, nonobstant cette révocation, l'époux bénéficiaire conserve le droit au capital. Il est seulement tenu de rembourser au patrimoine de l'époux souscripteur de la police ou, s'il y a communauté, à la masse commune, le montant des primes [1].

209 I. Il faut appliquer le même principe dans le cas où la libéralité qui résulte de l'assurance sur la vie est révoquée soit pour cause d'ingratitude, soit pour cause de survenance d'enfant. Ici encore, aux termes des art. 955 s., il s'agit de révocations spéciales aux *donations*, et non pas de la révocation faite en vertu de l'art. 1121. Il s'ensuit que, dans ces

S., 98. 2. 245, D. P., 96. 2. 465 (note de M. Dupuich). — Amiens, 4 août 1898, S., 1901. 2. 11, D. P., 1902. 2. 24. — Trib. civ. de la Seine, 29 mars 1899, *Journ. des assur.*, 1899, p. 501, *Droit*, 3 mai 1899. — Rennes, 5 déc. 1899, S., 1902. 1. 165, D. P., 1903. 2. 377. — *Contra* Lefort, II, p. 201-202. — Le fait par le mari de remettre la police d'assurance à la compagnie en garantie d'un prêt à lui consenti n'emporte pas révocation de l'assurance souscrite par lui au profit de la femme. — Paris, 10 mars 1896, précité. — Mais il en est autrement du rachat de l'assurance par le mari ou de l'aliénation de l'assurance par celui-ci à un tiers. — Même arrêt. — Le syndic de la faillite du mari n'a pas qualité pour exercer au nom de celui-ci le droit de révoquer la donation résultant, au profit de la femme, de l'assurance contractée par le mari au cours de l'union conjugale. — Rouen, 6 avril 1895 et Paris, 10 mars 1896, précités.

[1] Balleydier et Capitant, *op. cit.*, I, p. 547-548; Lacoste, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 4e année (1905), p. 223.

hypothèses, comme dans la précédente, le bénéficiaire doit simplement rembourser le montant des primes [1].

209 II. Revenons au cas d'une assurance contractée par un époux sur sa propre vie au profit de son conjoint. La séparation de corps ou le divorce est prononcé contre l'époux bénéficiaire. La déchéance établie par l'art. 299 s'applique-t-elle au capital assuré ? Ici, nous devons répondre affirmativement : « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé, dit l'art. susvisé, perdra tous les *avantages* que l'autre époux lui aura faits... ». Il ne faut donc pas restreindre la déchéance aux *donations*. Le terme *avantages* a un sens très large. Arg. art. 1518 [2].

§ III. *Effets des stipulations et promesses à l'égard des héritiers et ayants cause.*

210. Le principe que nous ne pouvons pas en général stipuler pour autrui en notre propre nom, ne s'oppose pas à ce que nous puissions stipuler ou promettre pour nos héritiers. Ceux-ci, en effet, aux yeux de la loi, sont la continuation de notre personne. Aussi, en stipulant pour eux, nous stipulons pour nous-mêmes. Bien plus, dans le silence de la convention et si la nature même de celle-ci n'y répugne pas, nous sommes réputés avoir stipulé pour eux. Telle est la disposition de l'art. 1122 : « *On est censé avoir stipulé pour soi et pour » ses héritiers et ayant-cause, à moins que le contraire ne soit » exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* » [3].

211. Ce texte ne parle pas seulement des héritiers, il mentionne aussi les ayants cause. Les ayants cause d'une personne sont ceux dont la cause se lie à celle de cette personne, en ce sens qu'ils tiennent leur droit d'elle. On distingue deux espèces d'ayants cause, les ayants cause *universels* ou *à titre universel*, dont le droit porte sur le patrimoine considéré comme

(1) *Sic* Balleydier et Capitant, *loc. cit.*; Lacoste, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 4e année, p. 223, note 3. — Trib. de Toulouse, 21 février 1902 (survenance d'enfant), D. P., 1902. 2. 329. — *Contra* Dupuich, *op. cit.*, p. 117 et note dans D. P., *ubi supra*.

(2) Lacoste, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 4e année, p. 224.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 61 et 63 (édit. Dupin, I, p. 36 et 37).

universalité : ce sont les héritiers, les légataires ou donataires universels ou à titre universel et les créanciers, parce qu'ils acquièrent un droit de gage général sur tous les biens composant le patrimoine de leur débiteur. Les autres ayants cause sont des ayants cause *à titre particulier;* on les appelle ainsi, parce que leur droit s'applique ordinairement à des biens particuliers. Ainsi l'acheteur est un ayant cause à titre particulier du vendeur; il tient son droit de lui sur un objet déterminé. Il en est de même de l'usufruitier par rapport à celui dont il tient son usufruit, du locataire par rapport au locateur. Quand le mot *ayant cause* est opposé au mot *héritier,* comme dans l'art. 1122, il fait généralement allusion aux ayants cause à titre particulier.

On désigne d'une manière générale sous le nom d'*auteur* la personne dont l'ayant cause tient ses droits. Ainsi on dira qu'il existe entre un défunt et son héritier, entre un vendeur et son acheteur, des rapports d'*auteur* à *ayant cause.*

Nous allons envisager successivement l'effet des *conventions* par rapport aux héritiers des parties et par rapport à leurs ayants cause à titre particulier.

I. *Effets des conventions par rapport aux héritiers.*

212. Quand nous parlons ici d'héritiers, cette expression comprend non seulement les héritiers légitimes, mais encore les successeurs universels [1]. Il y a plus : ce que nous allons dire des héritiers est en général applicable aux autres ayants cause universels, par exemple aux légataires universels ou à titre universel, aux donataires de biens à venir par contrat de mariage.

213. Les conventions dans lesquelles nous figurons, profitent ou nuisent à nos héritiers comme à nous-mêmes, c'est-à-dire qu'ils peuvent les invoquer et qu'on peut les invoquer contre eux. Nos héritiers succèdent en effet à nos droits passifs comme à nos droits actifs. C'est ce que dit en définitive l'art.

[1] Colmet de Santerre, V, n. 34 *bis*, II; Aubry et Rau, VI, 4e édit., p. 326, note 4, et 5e édit., p. 564, note 4; Demolombe, XXIV, n. 274 et 275; Bufnoir, *op. cit.*, p. 752.

1122, dans lequel le mot *stipuler* est certainement pris comme synonyme de *contracter* (sens actif et passif [1]).

Si, par exemple, l'acquéreur d'un immeuble s'est engagé à le rétrocéder à l'ancien propriétaire, cette obligation se transmet à ses héritiers, même mineurs [2].

Pareillement, lorsque le vendeur d'un fonds de commerce s'est engagé par l'acte de vente à ne pas former dans le même lieu, ni même dans un certain rayon, un établissement semblable, cette obligation passe à ses héritiers, qui, en conséquence, ne peuvent créer un établissement de même nature dans le périmètre fixé par ledit contrat [3].

De même, si, dans une vente de marchandises, il a été stipulé que celles-ci seraient livrées contre un règlement de valeurs à terme, cette clause, en supposant que, dans l'acte de vente, elle n'ait pas été déclarée personnelle au vendeur, profite à ses héritiers ou à ses ayants cause [4].

214. Ce principe souffre trois exceptions : la première, dans le cas où les parties ont convenu qu'il ne s'appliquerait pas; la deuxième, quand les effets de la convention ne peuvent pas, à raison de sa nature, passer aux héritiers des contractants; la troisième, quand la loi veut que la mort de l'une des parties mette fin à la convention.

215. *a.* La première exception est indiquée par ces mots de l'art. **1122** : *à moins que le contraire ne soit exprimé.* La loi suppose, dans le silence des parties, qu'elles ont contracté en vue de leurs héritiers aussi bien qu'en vue d'elles-mêmes; mais elle leur permet de manifester une volonté contraire ; cette volonté doit être exprimée en termes formels, sinon sacramentels, parce qu'il s'agit de créer une exception au

(1) Colmet de Santerre, V, n. 34 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 564, texte et note 3 *bis;* Larombière, I, p. 135 (art. 1122, n. 4); Demolombe, XXIV, n. 259; Laurent, XVI, n. 1; Bufnoir, *op. cit.*, p. 755.

(2) Req. rej., 28 nov. 1871, S., 72. 1. 129, D. P., 72. 1. 18.

(3) Paris, 19 mai 1849, D. P., 50. 2. 51; 21 fév. 1900, D. P., 1900. 2. 476.

(4) Civ. rej., 23 août 1871, S., 71. 1. 232, D. P., 71. 1. 131. — Pour d'autres applications du même principe, voy. Bourges, 31 mars 1861, sous Req., 30 juil. 1862, D. P., 62. 1. 509. — Lyon, 5 août 1874, D. P., 75. 2. 228. — Req., 22 juil. 1879, S., 80. 1. 20; D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 100, note 1.

droit commun [1]. Ainsi j'achète une maison pour 20.000 fr., et je stipule un délai de 10 ans pour payer cette somme, à la charge d'en servir tous les ans les intérêts. S'il n'est rien dit de plus, mes héritiers jouiront comme moi du bénéfice du terme ; mais une clause de la convention peut le leur retirer, et alors, si je meurs avant l'échéance, ils devront payer immédiatement le prix [2].

216. *b.* La deuxième exception est indiquée par ces mots de notre article : *à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention.* Ainsi le bénéfice d'une stipulation qui m'assure un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou une rente viagère, est, par la nature même de la convention, intransmissible à mes héritiers. Art. 617, 631, 634, 1974, 1975.

Il ne faut point dire qu'il en est de même de toute obligation de faire. En principe, les obligations de cette nature, comme les autres, passent aux héritiers du débiteur. Il n'y a lieu d'excepter que les obligations ayant pour objet un fait dont l'accomplissement suppose une habileté, une expérience, un talent particuliers au débiteur, les circonstances mêmes prouvant en pareil cas que le créancier a exclusivement formé le contrat en vue de la personne de celui-ci. Cette distinction se déduit tout naturellement de l'art. 1237 C. civ., dont voici les termes : « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». Quand cet intérêt fait défaut, de même que, du vivant du débiteur, un tiers pouvait se substituer à lui, contre le gré du créancier, pour l'accomplissement du fait promis, de même, après la mort du débiteur, ses héritiers peuvent exécuter valablement l'obligation, alors même que le créancier n'y consentirait pas [3].

(1) Larombière, I, p. 136 (art. 1122, n. 5) ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 755 ; Demolombe, XXIV, n. 265 ; Laurent, XVI, n. 5.

(2) V. C. civ. Fuzier-Herman, art. 1122, n. 10-14.

(3) L. 13, C., *De contrah. et commit. stipul.*, VIII, 38 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 326, texte et note 6, 5e édit., p. 565, texte et note 6 ; Demolombe, XXIV, n. 268 ; Larombière, I, p. 141 (art. 1122, n. 16 et 17) et p. 146 (art. 1122, n. 23) ; Laurent, XVI, n. 6 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 755 ; Dalloz, *Suppl. au Répert. alph.*,

Nous allons voir à l'instant même le législateur, dans l'art. 1795, appliquer cette idée que, lorsque le contrat a été fait en considération de la personne du débiteur, l'obligation de faire qui en résulte n'est pas transmissible à ses héritiers.

217. *c.* Enfin la troisième exception a lieu lorsqu'il existe une disposition de la loi qui déclare que la mort de l'une des parties met fin à la convention. Ainsi l'art. 1795 dispose que « le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de » l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur », parce que ses aptitudes *personnelles* ont vraisemblablement déterminé le créancier à traiter. Or elles ne sont pas héréditairement transmissibles. Cette disposition ne cesse pas d'être applicable lorsque les héritiers de l'architecte, de l'entrepreneur ou de l'ouvrier exercent la même profession que lui. Car ils peuvent ne pas apporter dans l'exercice de cette profession des qualités égales à celles de leur auteur (1).

En disposant ainsi, le Code civil a rompu avec l'ancien droit, qui appliquait au louage d'ouvrage la distinction que nous avons faite plus haut pour résoudre la question de savoir si les obligations de faire passent aux héritiers du débiteur (2).

L'art. 1795 établit une présomption qui n'admet pas la preuve contraire puisée en dehors des termes de la convention.

De plus, cet article peut être invoqué non seulement par le propriétaire qui a commandé le travail, mais aussi par les héritiers de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur. Il n'eût pas été juridique que l'une des parties pût exiger l'exécution du contrat et que l'autre n'eût pas le même droit (3).

v° *Oblig.*, n. 103. — Mais voyez Toullier, VI, n. 408. — Cpr., pour le contrat d'édition, Paris, 20 avril 1894, S., 95. 2. 41 (note d'Appert), D. P., 94. 2. 241; 16 janvier 1896, S., 97. 2. 47, D. P., 96. 2. 326.

(1) L. 31, D., *De solut. et liberat.*, XLVI, 3.

(2) Pothier, *Louage*, n. 453 s.; *Discussion au Conseil d'Etat*, Locré, *Législ. civ.*, XIV, p. 366, n. 22; Fenet, XIV, p. 265; *Rapport au Tribunat*, par Mouricault, Locré, XIV, p. 445; Fenet, XIV, p. 342; Toullier, VI, n. 408; Duranton, XVII, n. 258; Aubry et Rau, IV, p. 529, note 15; Demolombe, XXIV, n. 267; Larombière, I, p. 140 (art. 1122, n. 13); Guillouard, *Louage*, II, n. 798, p. 323; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1re édit., n. 2014, 2e édit., n. 3075.

(3) Toullier, VI, n. 408; Duvergier, *Louage*, II, n. 374 s.; Troplong, *Louage*, n. 1034; Larombière, I, p. 140 (art. 1122, n. 14); Aubry et Rau, IV, p. 528, texte

Les art. 1441, 1514, 1865-3° et 2003, al. 3 C. civ. et l'art. 6, al. 2, de la loi du 18 juillet 1889, *sur le Code rural* (tit. IV, Bail à colonat partiaire) prévoient aussi des cas où une convention prend fin par la mort de l'une des parties.

218. On ne se trouve plus d'ailleurs dans le domaine de la règle lorsque les héritiers, pour écarter un acte de leur auteur, se fondent sur un droit né dans leur personne. En formulant cette proposition, nous avons en vue les héritiers réservataires. Quant à eux, le principe de la transmissibilité des obligations se combine avec une autre règle qui peut en restreindre l'application. Ces héritiers ont le droit de demander la réduction de toutes les donations directes, indirectes ou déguisées, par lesquelles le *de cujus* a porté atteinte à leur réserve. On ne serait donc pas recevable à leur objecter que leur auteur aurait été obligé de respecter ces libéralités, et qu'ils sont tenus, en conséquence, de la même obligation (1).

218 I. Rappelons brièvement que si les héritiers succèdent aux obligations contractées par leur auteur, ils ne succèdent pas aux simples pollicitations émanées de lui. La jurisprudence a fait de cette idée une application intéressante : lorsqu'un particulier qui avait demandé l'autorisation d'occuper certaines parcelles dépendant du domaine public est décédé antérieurement à l'époque où est intervenu l'arrêté préfectoral accordant cette autorisation, ses héritiers ne sont pas tenus du paiement des droits de location desdites parcelles, si, du moins, il n'est point établi qu'il les ont personnellement occupées après le décès de leur auteur (2).

219. Peut-on stipuler ou promettre pour ses héritiers sans stipuler ou promettre pour soi-même ? Les principes exigent qu'on réponde négativement. Si des stipulations ou des promesses faites dans ces termes pouvaient profiter ou nuire aux héritiers du contractant, les droits ou les obligations qui en

et note 14 ; Demolombe, XXIV, n. 268 *in fine;* Guillouard, *op. cit.*, II, n. 799 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 1re édit., n. 2019, 2e édit., n. 3078.

(1) Req., 20 janv. 1864, S., 65. 1. 454, D. P., 65. 1. 222 ; 5 mars 1867, S., 67. 1. 208, D. P., 68. 1. 70 ; 20 juil. 1868, S., 68. 1. 362. — V. aussi Nîmes, 22 déc. 1866, S., 67. 2. 174. — V. aussi dans le même sens Laurent, XVI, n. 3 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 756 *in fine*, 757 ; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 564, texte et note 4 *bis*.

(2) Req., 21 avril 1891, D. P., 92. 1. 181.

résulteraient naîtraient dans leurs personnes. Quant à ces droits ou à ces obligations, le contractant ne serait donc pas leur auteur, et les héritiers seraient des tiers par rapport à lui. Or notre droit déclare nulles les stipulations et les promesses faites pour des tiers. Art. 1119.

L'opinion contraire a cependant plusieurs défenseurs. On a prétendu que les conventions dont nous parlons doivent être reconnues valables parce qu'elles produisent, au profit ou à la charge de celui qui a contracté pour ses héritiers, un *germe* de droit ou d'obligation et qu'elles présentent simplement cette particularité qu'elles sont affectées d'un terme ou d'une condition *sui generis*. Le manque de précision qui caractérise ces expressions témoigne suffisamment de l'embarras qu'on éprouve à justifier cette doctrine. Il n'est pas douteux que ses partisans reculeraient devant l'application des règles qui gouvernent le terme et la condition, par exemple devant l'application de l'art. 1180 ou de l'art. 1188. Il est vrai que, pour échapper à cette objection, ils se réfugient dans une formule vague, et ne parlent que d'un terme ou d'une condition *sui generis*. C'est rendre impossible toute discussion juridique! (1).

220. Les auteurs se demandant encore si l'on peut restreindre à un de ses héritiers ou à quelques-uns d'entre eux seulement le bénéfice d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. Puis-je, par exemple, en vous vendant ma maison moyennant une somme de 20.000 fr., dont je stipule que vous me servirez les intérêts pendant ma vie, convenir avec vous que vous paierez ce capital tout entier à l'aîné de mes enfants, qui en profitera à l'exclusion de ses frères et sœurs, mais sans que j'entende pour cela lui attribuer sur cette somme aucun droit de mon vivant? La règle qui prohibe d'une manière générale dans notre droit les pactes sur successions futures (art. 791, 1130 et 1600), nous paraît interdire une convention de cette nature. Je puis bien, dans l'espèce proposée, en faisant un testament, disposer par préciput et hors part, au pro-

(1) V. dans ce sens Laurent, XVI, n. 9; Huc, VII, n. 56; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 566. — Mais, en sens contraire, Duranton, X, n. 255; Demolombe, XXIV, n. 269; Thiry, II, n. 601; Bufnoir, *op. cit.*, p. 757-758.

fit d'un de mes héritiers présomptifs, de la créance que j'ai acquise contre vous, acheteur; mais je ne puis pas arriver au même résultat à l'aide d'une clause insérée dans l'acte de vente. Et qu'on n'oppose pas, à l'appui de la thèse contraire, la disposition de l'art. 1121, qui autorise, dans certains cas prévus par lui, la stipulation pour autrui. L'héritier à qui la créance devrait être exclusivement transmise ne serait pas un tiers dans le sens de l'art. 1121, car il ne serait pas investi d'un droit propre, c'est-à-dire d'un droit distinct de celui de son auteur (1).

221. Il nous faut insister sur ces principes pour bien en déterminer la portée. Une personne qui a trois enfants vend une maison pour le prix de 90.000 fr., dont on lui servira les intérêts pendant sa vie. Elle ne peut pas valablement convenir, nous venons de l'expliquer, qu'à sa mort cette somme sera payée en entier à l'aîné de ses enfants. Mais ne lui est-il pas permis, du moins, de stipuler qu'un tiers seulement du capital, soit 30.000 fr., sera dû, après son décès, à l'aîné de ses enfants et que le débiteur sera libéré quant aux deux autres tiers?

Dans cette hypothèse, une circonstance est de nature à faire illusion : la créance qu'il s'agirait d'attribuer exclusivement à l'un des héritiers est précisément égale à la part que celui-ci aurait dans la somme totale mentionnée au contrat, si cette somme figurait dans la succession. Aussi certains auteurs ont-ils enseigné que cette stipulation, à la différence de celle que nous venons d'examiner, doit être reconnue valable (2). Mais, à notre avis, il faut, dans les deux cas, donner la même solution. Si, dans la vente que nous avons prévue, les parties pouvaient convenir que le vendeur recevrait pendant sa vie les intérêts de 90.000 fr. et qu'à sa mort le tiers de cette

(1) *Sic* Duranton, X, n. 261; Marcadé, IV, n. 440; Colmet de Santerre, V, n. 34 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 327, note 8, 5e édit., p. 565, texte et note 8; Demolombe, XXIV, n. 270; Laurent, XVI, n. 11; Thiry, II, n. 602; Huc, VII, n. 55, p. 82. — *Contra* Toullier, VI, n. 414-417; Larombière, I, p. 159 (art. 1122, n. 46); Bufnoir, *op. cit.*, p. 760.

(2) Duranton, X, n. 261. — La même distinction était déjà faite par Pothier, *Oblig.*, n. 64 (édit. Dupin, I, p. 37). Il la fondait sur une décision de Celsus (L. 33, D., *De pactis*, II, 14).

somme serait payé à un de ses enfants, moyennant quoi l'acheteur serait libéré, le prix consisterait en réalité partie en une rente viagère et partie en un capital, et celui-ci devrait, après la mort du vendeur, être payé intégralement à un de ses héritiers, qui, d'ailleurs, n'aurait, du vivant de son auteur, aucun droit sur ce prix. En effet, la créance qui serait comprise dans la succession serait seulement d'une somme de 30.000 fr., et, par conséquent, la part héréditaire de chacun des trois enfants dans cette créance ne serait que de 10.000 fr. On voit donc qu'en réalité cette hypothèse ne diffère pas de la précédente (1).

222. On ne peut pas, en sens inverse, mettre par convention une dette à la charge exclusive d'un seul de ses héritiers ou en charger l'un desdits héritiers pour une part supérieure à sa part héréditaire. Ce serait là encore un pacte sur succession future. Ainsi je ne pourrais pas, en achetant votre maison moyennant une somme de 20.000 fr., convenir valablement avec vous que cette somme vous sera payée tout entière à ma mort par le plus jeune de mes enfants qui supportera seul cette dette à l'exclusion de ses frères. On peut objecter qu'aux termes de l'art. 1221-4° un des héritiers peut être « chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ». Mais la partie finale du même article dit qu'en pareil cas l'héritier qui aura payé toute la dette aura son recours contre ses cohéritiers, et il s'agit précisément de savoir si le défunt a pu valablement, par une clause de la convention, priver son héritier de ce recours. Nous ne le pensons pas; cette clause constituerait évidemment un pacte sur succession future, prohibé par cela seul que la loi ne l'autorise pas (2).

De plus, nous ferons, en ce qui concerne la promesse, une observation analogue à celle que nous avons faite relativement à la stipulation. La promesse serait nulle, alors même

(1) V. dans ce sens Marcadé, Colmet de Santerre, Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

(2) *Sic* Duranton, X, n. 263; Marcadé, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, V, n. 34 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 327, 5e édit., p. 565; Demolombe, XXIV, n. 271; Laurent, XVI, n. 10; Thiry, II, n. 602; Huc, VII, n. 55, n. 81 *in fine;* Bufnoir, *op. cit.*, p. 758. — *Contra* Larombière, I, p. 159 (art. 1122, n. 46). — Douai, 2 fév. 1851, D. P., 51. 2. 133.

que celui des héritiers qui devrait seul supporter la dette ne serait appelé à en payer qu'une fraction proportionnelle à sa part héréditaire. Je ne puis donc pas reconnaître vous devoir une somme de 90.000 fr. avec cette clause que, si je meurs avant vous, il ne vous sera plus dû qu'un tiers de cette somme et que ce tiers sera entièrement à la charge de l'aîné de mes trois enfants. Dans l'espèce, la dette qui grèverait ma succession serait, non pas de 90.000, mais seulement de 30.000 fr.; la part de chacun de mes trois héritiers dans cette dette ne serait donc que de 10.000 fr., et, par suite, l'héritier à la charge duquel serait mis exclusivement le paiement des 30.000 fr., en devrait 20.000 en sus de sa part héréditaire. Il y aurait là un pacte sur succession future (1).

II. *Effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier.*

223. Celui auquel appartient un droit sur une chose peut transmettre ce droit tout entier; mais il ne peut pas transférer un droit plus étendu. Le droit d'un ayant cause à titre particulier se mesure donc exactement sur celui de son auteur, et, par suite, les conventions par lesquelles l'auteur avait consolidé, augmenté, amélioré, amoindri ou transformé son droit, profitent ou nuisent à l'ayant cause à titre particulier.

En d'autres termes, sont transmissibles activement et passivement les conventions qui modifient la manière d'être de la chose corporelle ou incorporelle acquise par l'ayant cause à titre particulier ou qui ajoutent un accessoire à cette chose (2).

Ainsi le cessionnaire d'une créance profitera de l'hypothèque ou du cautionnement attaché à cette créance, et pourra, par conséquent, se prévaloir des conventions qui ont été faites par son auteur pour acquérir l'une ou l'autre de ces garanties : elles améliorent le droit du créancier, le fortifient et sont transmises avec lui en qualité d'accessoires.

(1) En sens conforme, v. Marcadé, Colmet de Santerre, Demolombe et Laurent, *ubi supra*. — Mais, en sens contraire, v. Duranton, *loc. cit.* — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 64.

(2) Cpr. Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 70-71 et 74-76, et 5e édit., p. 97-99 et p. 102-104.

De même, supposons que je vous vende un domaine ou que je vous en transmette la propriété à un autre titre. Si, avant la vente, j'ai fait une transaction relativement à une partie du domaine, dont la propriété m'était contestée, cette transaction pourra être invoquée par vous en tant qu'elle consolide mon droit de propriété sur certaines pièces de terre et pourra vous être opposée en tant qu'elle contient une renonciation à mon droit sur d'autres. Pareillement, vous serez fondé à invoquer les conventions par lesquelles j'ai acquis pour ledit domaine des servitudes actives, et on pourra en sens inverse vous opposer celles par lesquelles je l'ai grevé des servitudes passives ou autres charges réelles, telles qu'une hypothèque. Le tout, sauf la question de transcription ou d'inscription [1].

224. Mais les conventions qui n'ont ni augmenté, ni amélioré, ni amoindri, ni consolidé, ni transformé le droit transmis par l'auteur, ne peuvent pas être invoquées par l'ayant cause et ne peuvent pas lui être opposées, fussent-elles relatives à l'objet du droit. Ainsi, je fais marché avec un vigneron pour qu'il laboure ma vigne, puis je vous la vends. En l'absence d'une clause spéciale par laquelle je vous en aurais transmis le bénéfice, vous ne pourrez pas vous prévaloir de la convention que j'ai faite avec le vigneron, car elle n'a fait naître à mon profit qu'un droit purement personnel ; et de même le vigneron ne pourra pas s'en prévaloir contre vous [2]. Dans cet ordre d'idées, la cour de cassation a rendu, sous la date du 23 décembre 1891, un arrêt très intéressant. Elle a décidé que les acquéreurs successifs d'un tableau n'étaient nullement liés par la déclaration que le vendeur originaire pouvait avoir faite relativement à une qualité de cette œuvre, notamment par la déclaration que le tableau dont il s'agissait n'était qu'une copie. C'est avec raison que la cour suprême a refusé d'appliquer dans cette espèce le principe que les stipulations modifiant le droit transmis sont opposables aux successeurs à titre particulier. Il était inexact de prétendre

[1] Req., 24 janv. 1898, D. P., 99. 1. 109. — V. pour d'autres applications Civ. rej., 12 décembre 1897, S., 1901. 1. 497. — Req., 22 octobre, 1900 S., 1904. 1. 14.

[2] On trouve toutefois une exception à ce principe dans l'art. 1743.

qu'ici le droit de propriété avait été restreint. La déclaration dont on se prévalait n'avait pu influer en aucune façon sur l'étendue de ce droit. Elle avait pu simplement diminuer la valeur marchande du tableau [1].

225. La plupart des auteurs enseignent une théorie différente. D'après eux, quand il s'agit de conventions qui se rapportent à des choses acquises par des ayants cause à titre particulier, mais qui ne modifient pas la manière d'être de ces choses ou n'y ajoutent pas des accessoires, il faut distinguer : Les stipulations proprement dites sont transmissibles, mais non pas les promesses. Ils expliquent cette différence de la façon suivante : Les créances peuvent se céder ; or les créances naissant de stipulations relatives à la chose aliénée, ne sont plus d'aucune utilité pour le stipulant, puisqu'il n'est plus propriétaire de cette chose. Il a donc entendu vraisemblablement les transporter à l'ayant cause à titre particulier, qui, lui, pourra en tirer profit. On doit, par suite, considérer ces créances comme ayant fait l'objet d'une cession tacite. Mais on ne peut pas raisonner de même quant aux dettes, car elles ne peuvent pas être cédées [2].

Demolombe n'admet cette théorie qu'avec une restriction très importante. A son avis, toutes les stipulations qui concernent la chose aliénée ne peuvent pas profiter à l'ayant cause à titre particulier, et, pour justifier sa proposition, il argumente de la solution que l'on donne en général relativement aux promesses. Puisque celles-ci ne passent pas à l'ayant cause à titre particulier, il ne doit pas bénéficier des stipulations comprises dans des contrats synallagmatiques, car, dans les contrats de cette nature, les créances et les dettes, les stipulations et les promesses, sont corrélatives, elles se servent réciproquement de cause ; chacun des contractants n'est débiteur que parce qu'il est créancier ; quand il continue à être débiteur, il conserve, par la nature même des choses, son titre de créancier ; par suite, dans ces contrats, les dettes

(1) Req., 23 déc. 1891, D. P., 92. 1. 409.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 34 *bis*-III ; Demolombe, XXIV, n. 276 s. ; Laurent, XVI, n. 15 s.

n'étant pas transmissibles à l'ayant cause à titre particulier, les créances ne peuvent pas l'être [1].

A supposer que le principe de la distinction entre les stipulations et les promesses dût être admis [2], l'observation de Demolombe nous paraîtrait fondée. Mais nous allons plus loin que le savant jurisconsulte, et nous repoussons la transmissibilité des stipulations dans tous les cas.

Pour expliquer comment le bénéfice des stipulations passe à l'ayant cause à titre particulier, on considère comme sous-entendue une cession que le stipulant ferait à cet ayant cause, en d'autres termes on invoque une présomption de cession de créance, et on fonde cette présomption sur ce que la stipulation ne peut plus servir à celui qui l'a faite, tandis qu'elle peut être utile à son ayant cause. Il est facile de démontrer l'inexactitude de ce point de vue. Il ne pourrait être question ici que d'une présomption légale, c'est-à-dire d'une présomption établie par un texte formel. Or celle qu'on nous oppose n'est consacrée par aucun texte. Dira-t-on que l'art. 1122 implique la cession tacite des créances relatives à la chose aliénée, puisqu'il porte que les stipulations, c'est-à-dire les actes générateurs de ces créances, sont censées faites en faveur des ayants cause? D'abord les présomptions légales ne résultent que de textes formels, et celui de l'art. 1122 ne présente certainement pas ce caractère relativement à la présomption dont il s'agit. En outre, nous l'avons dit, et tous les auteurs sont d'accord sur ce point, en disposant qu'on est censé avoir stipulé pour ses ayants cause, le législateur fait allusion non seulement aux conventions par lesquelles on devient créancier, mais aussi à celles qui vous rendent débiteur. Or, en tant qu'elle concerne ces dernières, la disposition de l'art. 1122 n'établit pas la transmissibilité des promesses en dehors des cas que nous avons spécifiés. Pourquoi en serait-il autrement en ce qui concerne les stipulations? Comment l'expression *stipuler*, visant cumulativement les stipulations proprement dites et les promesses, aurait-elle une portée et un sens tout différents suivant qu'elle s'appliquerait aux unes ou aux autres?

(1) Demolombe, XXIV, n. 282.
(2) V. sur la cession de dettes, notre tome III, n. 1766.

Demolombe, qui a pressenti cette objection, n'en a certes pas diminué la gravité en prétendant que, si le terme *stipuler* doit s'entendre soit au point de vue actif, soit au point de vue passif relativement aux ayants cause universels ou à titre universel, il ne fait allusion, quant aux ayants cause à titre particulier, qu'aux actes qui engendrent des créances (1). Ce serait là une façon de parler bien obscure!

226. On voit que, dans notre théorie, l'art. **1122**, en tant qu'il concerne les ayants cause à titre particulier, était inutile. S'il n'existait pas, le bénéfice des stipulations qui peuvent seules, d'après nous, profiter aux ayants cause à titre particulier, ne leur aurait pas moins été transmis. Et d'abord, en ce qui concerne les stipulations qui ont modifié la manière d'être de la chose acquise, par exemple celles qui ont constitué un droit réel sur cette chose ou à son profit, leurs effets auraient été maintenus au regard des ayants cause à titre particulier, le fait de la transmission n'ayant par lui-même aucune influence sur la condition juridique de la chose transmise.

De même, quant aux stipulations qui ont pourvu d'un accessoire la chose aliénée, les ayants cause à titre particulier, même en l'absence de la disposition de l'art. **1122**, en eussent bénéficié, l'accessoire suivant nécessairement le principal.

A proprement parler, en effet, si ces ayants cause recueillent les avantages résultant de ces deux catégories de stipulations, cela s'explique par les principes qui régissent la transmission de la propriété et ne met nullement en jeu la transmissibilité des stipulations (2).

SECTION II

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES

227. L'art. **1108** place, ainsi que nous l'avons vu, la capacité de contracter, au nombre des conditions requises pour la validité de la convention. Or, aux termes de l'art. **1123** : « *Toute*

(1) Demolombe, XXIV, n. 285.

(2) Demolombe, XXIV, n. 279-280; Laurent, XVI, n. 13. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 34 *bis*-III, p. 44 *in fine*.

» *personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée inca-* » *pable par la loi* ». Cette disposition ne figurait pas dans le projet de notre titre. Elle y fut introduite sur la demande faite, lors de la communication officieuse, par la section de législation du Tribunat, qui proposait cette rédaction : « Toute personne capable de consentir est *naturellement* capable de contracter. — Cette capacité de contracter cesse dans certains cas déterminés par la loi » (1). On peut dire, en effet, que la disposition de l'art. 1123 ne fait que constater, relativement à la faculté de contracter, la condition naturelle de l'homme (2).

La capacité de contracter est donc la règle générale, l'incapacité, l'exception, et l'exception ne peut résulter que d'une disposition de la loi (3). Au point de vue pratique, cette règle présente l'intérêt suivant : Lorsqu'une personne prétend qu'une autre est incapable de contracter, elle doit en faire la preuve.

228. Mais, s'il résulte de l'art. 1123 que la capacité de contracter est la règle, il en résulte aussi que cette règle ne concerne que les *personnes;* elle est donc étrangère aux sociétés ou collectivités d'hommes qui ne sont pas pourvues de la personnalité civile. Le législateur n'a pas eu besoin de les frapper d'incapacité, puisque, à ses yeux, elles n'ont pas d'existence.

Les incapacités de contracter, avons-nous dit, ne peuvent exister qu'en vertu d'un texte légal. Toutefois notre loi n'édicte que les incapacités *juridiques* de contracter; elle ne s'occupe pas des incapacités *naturelles,* qui toutes ont pour cause l'impossibilité de consentir. Ces dernières s'imposent d'elles-mêmes, et il était inutile de les mentionner dans un code.

(1) Fenet, XIII, p. 145; Locré, XII, p. 259.

(2) Aussi la même disposition est-elle formulée comme un axiome dans beaucoup de législations étrangères. — V. C. civ. ital., art. 1105. — C. civ. holl., art. 1365. — C. civ. port., art. 644. — C. civ. mexic., art. 1282. — C. féd. des oblig., art. 29.

(3) On sait que le législateur de 1804 avait établi la mort civile. Comme la personne frappée de cette peine n'était privée par aucun texte de la capacité de conclure des contrats à titre onéreux, il s'ensuivait qu'elle conservait cette capacité. Il est vrai que l'esprit général de notre loi était d'assimiler d'une façon générale, dans la mesure du possible, la mort civile à la mort naturelle, mais la disposition formelle de l'art. 1123 imposait cette solution.

Ainsi il était bien clair qu'un fou ne peut pas contracter, et notre législateur s'est bien gardé de formuler une vérité aussi évidente. Il y avait utilité, au contraire, à dire que l'interdit est incapable de contracter, car un interdit peut avoir des intervalles lucides, pendant lesquels il n'est pas *naturellement* incapable de contracter; une disposition législative était nécessaire pour l'en déclarer *juridiquement* incapable : elle se trouve dans l'art. 1124.

229. L'art. 1124 donne la liste des personnes qui sont juridiquement incapables de contracter : « *Les incapables de* » *contracter sont :*

» *Les mineurs,*

» *Les interdits,*

» *Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi,*

» *Et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains* » *contrats* ».

Il y a donc des personnes frappées d'une incapacité générale de contracter, et d'autres qui sont frappées d'une incapacité spéciale.

I. *Personnes frappées de l'incapacité générale de contracter.*

230. Ce sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées [1].

a. *Les mineurs.* Cette formule comprend, dans sa généralité, même le mineur *émancipé*. Le législateur lui accorde, il est vrai, au chapitre *De l'émancipation,* une certaine *capacité,* qui lui permet d'accomplir seul tous les actes relatifs à l'ad-

[1] Dans la rédaction primitive, les *impubères* figuraient en tête de l'énumération, et étaient distingués des mineurs. De plus, le premier alinéa du projet de l'art. 1125 portait : « Les engagements contractés par les impubères sont généralement nuls » Fenet, XIII, p. 7. Mais le mot *impubères* a disparu de l'art. 1124, et l'alinéa que nous venons de citer a été supprimé de l'art. 1125. Bigot-Préameneu en a donné cette raison dans l'*Exposé des motifs :* « L'incapacité du mineur n'étant relative qu'à son intérêt, on n'a pas cru nécessaire d'employer la distinction entre les mineurs impubères et ceux qui ont passé l'âge de la puberté ». Fenet, XIII, p. 225; Locré, XII, n. 18, p. 322. Si, pour le mariage, la loi a décidé que l'homme serait considéré comme impubère jusqu'à 18 ans et la femme jusqu'à 15 ans, c'est que, dans cette matière, l'absence d'une règle fixe eût fait naître bien des difficultés. Mais il n'en était pas de même relativement à la faculté de s'obliger dans les autres contrats. Fenet, XIII, p. 226; Locré, *loc. cit.*

ministration de son patrimoine; mais le mineur émancipé est incapable en dehors de cette sphère. L'incapacité de contracter est donc pour lui la règle générale, la capacité, l'exception. On devait, par conséquent, le ranger parmi les personnes frappées de l'incapacité générale de contracter : il est incapable pour tous les contrats en général, sauf pour ceux relatifs à l'administration de son patrimoine.

Au surplus, nous verrons, sous l'art. 1305, que les expressions employées par le législateur dans l'art. 1124 rendent mal sa pensée. Le mineur est, à bien dire, *restituable pour cause de lésion* contre les conventions qu'il fait, plutôt qu'*incapable de contracter;* car la loi ne lui permet d'attaquer ces conventions qu'autant qu'elles sont pour lui la source d'une lésion. Si l'on veut conserver le mot *incapable,* il faut dire que le mineur est incapable de se léser par un contrat (1).

231. b. *Les interdits.* On sait qu'il en existe deux catégories : les interdits judiciairement et les interdits légalement. Les premiers sont placés sous le coup d'une présomption d'insanité d'esprit permanente : cette présomption supprime *en droit* les intervalles lucides qui peuvent exister *en fait,* de sorte que l'incapacité dont est frappé l'interdit s'étend même aux actes qu'il passe pendant un intervalle lucide. Art. 502 (2).

L'interdit légalement est frappé d'une incapacité du même genre, bien que la cause de son interdiction soit différente. Il suffit d'établir qu'un acte a été accompli sous le coup de l'interdiction légale pour que les juges doivent en prononcer la nullité sans pouvoir apprécier cet acte en lui-même (3).

232. La plupart des auteurs placent, à côté des interdits, sur la liste des incapables de contracter, les personnes non interdites retenues dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838. Pour eux, ces personnes

(1) C'est ce qui explique les dispositions de l'art. 6, al. 4, de la loi du 9 avril 1881, portant création d'une caisse d'épargne postale, de l'art. 16, al. 3, de la loi du 20 juillet 1895, sur les caisses d'épargne, et de l'art. 13, al. 2, de la loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Nous reviendrons sur ces diverses dispositions. — V. pour le commentaire de l'art. 1305, notre tome III, n. 1947-1957.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Bonnecarrère, *Des personnes,* IV, n. 874 875.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.,* I, n. 737.

sont juridiquement incapables. D'après Laurent, au contraire, le placement dans un établissement d'aliénés ne fait naître contre la personne qui en est l'objet aucune incapacité *juridique* de contracter; sa situation, à ce point de vue, reste la même qu'avant son entrée dans l'établissement, c'est-à dire qu'elle est seulement frappée de l'incapacité *naturelle* de contracter, dont sont atteintes toutes les personnes en état d'aliénation mentale. L'art 1124 ne s'occupe que des incapacités *juridiques* de contracter. A la liste qu'il donne il faut donc bien se garder d'ajouter des personnes qui sont juridiquement capables, mais atteintes d'une simple incapacité de fait. On assimile ainsi, au risque de les confondre, deux situations bien différentes. L'interdit est juridiquement incapable de contracter; tous les actes qu'il passe, même pendant un intervalle lucide, sont nuls de droit. Au contraire, la personne retenue dans un établissement d'aliénés sans être interdite est juridiquement capable; les actes qu'elle passe pendant un intervalle lucide sont valables, et ceux que l'on prétend avoir été passés en dehors de ces intervalles ne peuvent être annulés que sur la preuve de la démence au moment précis où ils ont été faits [1].

Nous avons d'abord, à la suite de Laurent, défendu cette première opinion. Mais, après réflexion, nous croyons devoir revenir sur notre décision. Si le législateur de 1838 avait consacré le système exposé par Laurent, il s'ensuivrait, on vient de le voir, que, pour faire tomber l'acte passé pendant l'internement, il faudrait établir qu'au moment même de la passation de cet acte, l'interné était en état de folie. Mais, en supposant cette preuve administrée, on n'aurait pas à faire annuler l'acte; on n'aurait qu'à en faire constater l'inexistence. Est-ce le cas prévu par la loi? Non, puisque l'art. 39 dispose en ces termes : « Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence,

[1] Laurent, V, n. 398-401, p. 494-498. — Dans le même sens Couturier, *De la prescription des actions en nullité ou en rescision* (*Thèse*, Paris, 1889), p. 164-166.

conformément à l'article 1304 du Code civil ». Cette disposition n'a certainement pas en vue l'inexistence des actes. Sans quoi elle aurait déclaré que ces actes pourraient être attaqués, non pas conformément à l'art. 1304 et, par conséquent, pendant dix ans seulement, mais bien à toute époque, sans restriction aucune. Le renvoi à l'art. 1304 suppose qu'il s'agit d'un cas d'annulation, et que, par conséquent, la demande est fondée sur l'incapacité juridique de l'interné.

Il reste à expliquer ces mots de l'art. 39 : « Les actes pourront être attaqués *pour cause de démence* ». Cela signifie simplement que les actes passés par l'interdit ne sont pas annulables de droit, c'est-à-dire par cela seul qu'ils ont été faits pendant l'internement. Mais il ne s'ensuit pas qu'il soit besoin d'établir l'existence de la folie à l'instant même où les actes ont été passés. En un mot, le juge a, dans notre cas, une certaine liberté d'appréciation. Il peut accueillir la demande d'annulation dès qu'il est prouvé que l'interné était dans un état habituel de démence vers l'époque où l'acte a été passé (1).

233. On a tort, à notre avis, de considérer les personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire comme comprises dans la disposition relative aux interdits, sous prétexte qu'elles sont atteintes d'une *demi-interdiction* (2). Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas frappé d'une incapacité *générale* de contracter, mais seulement d'une incapacité *spéciale :* il est capable pour tous les actes que la loi ne lui interdit pas; il rentre donc dans la catégorie des incapables dont parle l'alinéa dernier de notre article : ceux auxquels la loi interdit certains contrats (3).

(1) Dans ce dernier sens, Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 536-537, texte et note 37, 5e édit., p. 826-827, texte et note 37; Beudant, *Des personnes*, II, p. 631 *in fine* à 633. — Cpr. Valette, *Cours de Code civil*, p. 639; Demolombe, VIII, n. 849-857 et 862; Thiry, I, p. 640-642; Vigié, I, n. 917, p. 515-516; Planiol, I, 1re édit., n. 2906, 2e édit., n. 2646, et 3e édit., n. 2086.

(2) C'est encore ce que fait Demolombe, *loc. cit.; Adde* Thiry, II, n. 605 *in fine*.

(3) Beudant, *op. cit.*, II, n. 986, p. 612 *in fine* à 614; Planiol, II, 1re édit., n. 1145; 2e et 3e édit., n. 1102; Baudry-Lacantinerie et Bonnecarrère, *Des personnes*, IV, n. 956, 984 s. — V. *infra*, n. 241.

234. c. *Les femmes mariées.* Leur incapacité consiste dans la nécessité d'obtenir l'autorisation de leur mari ou de la justice pour contracter valablement. (Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'incapacité spéciale de la femme dotale relativement à ses immeubles dotaux) (1). L'art. 1124 nous indique, par les mots *dans les cas exprimés par la loi,* que l'incapacité dont il s'agit souffre quelques restrictions. En effet, dans certaines hypothèses, notamment quand elle est séparée de biens par contrat ou par jugement (art. 1449 et 1536), la femme est capable d'accomplir sans autorisation tous les actes qui concernent l'administration de son patrimoine. Et même, depuis la loi du 6 février 1893 (nouvel art. 311 C. civ.), la femme séparée de corps recouvre sa capacité civile, en ce sens qu'elle n'a plus besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de la justice (2).

235. Plusieurs auteurs ajoutent à la liste des personnes frappées d'une incapacité générale de contracter : les faillis et les personnes morales (3). En ce qui concerne les faillis, la proposition est erronée, et, pour les personnes morales, elle ne contient qu'une petite part de vérité.

236. Nous disons d'abord que la proposition est erronée en ce qui concerne les faillis (4). Aucune loi n'édicte contre les faillis une incapacité de contracter; par conséquent ils demeurent capables. Arg. art. 1123. Ce qui est vrai seulement, c'est qu'à partir du jugement qui déclare la faillite, le failli se trouve dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens présents et futurs (C. co., art. 443) : il est dans la même situation que s'il y avait eu saisie générale des biens composant son patrimoine. Mais le failli ne devient pas pour cela incapable de contracter : ainsi il est obligé par les contrats qu'il passe pendant la durée du dessaisissement, et plus

(1) Quelques lois spéciales ont levé la nécessité de l'autorisation pour certaines espèces d'actes. V. L. 9 avril 1881, portant création d'une caisse d'épargne postale, art. 6, al. 5; L. 29 juillet 1895, sur les caisses d'épargne, art. 16, al. 4; L. 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, al. 13, al. 4.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, III, n. 321.

(3) Demolombe, *loc. cit.*

(4) On la trouve cependant formulée dans quelques décisions judiciaires. — V. notamment Rennes, 15 avril 1893, S., 93. 2. 156, D. P., 93. 2. 263.

tard, après la clôture de la faillite. S'il lui reste des biens ou s'il en acquiert de nouveaux, ces contrats s'exécuteront sur son patrimoine redevenu disponible; la loi veut seulement qu'ils ne reçoivent pas leur exécution au préjudice de la masse des créanciers. Il s'agit donc d'une indisponibilité établie dans l'intérêt des créanciers de la faillite, et non d'une incapacité de contracter décrétée contre le failli.

237. Nous avons ajouté qu'il n'est pas vrai de dire d'une manière absolue que les personnes morales sont incapables de contracter. La proposition inverse contiendrait même une plus grande part de vérité. On distingue deux catégories de personnes morales : celle du droit civil et celles du droit administratif. Les premières, parmi lesquelles figurent les sociétés commerciales et aussi, d'après le dernier état de la jurisprudence, les sociétés civiles, même non revêtues de la forme commerciale [1], ne sont soumises à aucune incapacité juridique de contracter; elles sont donc capables, d'après l'art. **1123**, du moins pour tous les contrats compatibles avec le but en vue duquel elles sont créées. Et quant aux personnes morales du droit administratif, telles que les hospices, les communes, les départements..., s'il est vrai que la tutelle administrative à laquelle elles sont soumises les met quelquefois dans la nécessité d'obtenir une autorisation pour contracter valablement et les place ainsi dans une situation analogue à celle de la femme mariée, ce n'est là qu'une incapacité toute spéciale à certains contrats, et on ne peut, par suite, présenter ces personnes comme frappées d'une incapacité générale de contracter. La capacité au contraire demeure pour elles la règle générale.

238. Les contrats passés par un mineur, par un interdit ou par une femme mariée non autorisée ne sont pas *inexistants* ou *nuls de plein droit* (expressions synonymes); ils sont seulement nuls ou mieux, *annulables*. L'art. **1125** en contient une

[1] Req., 23 fév. 1891, S., 92. 1. 73 (note de Meynial), D. P., 91. 1. 337-338 (note anonyme); 2 mars 1892, S., 92. 1. 497 (note de Meynial), D. P., 93. 1. 169. — V. notamment en sens contraire Guillouard, *Société*, n. 25; Huc, XI, n. 24, p. 34-36. — Pour les autres auteurs, dans les deux sens, voir, dans Dalloz, la note sous Req., 23 fév. 1891, précitée.

double preuve. En effet, dans son alinéa 1, il dit que l'incapacité permet d'*attaquer* le contrat, expression qui fait allusion à l'action en nullité et suppose, par suite, un contrat existant, mais imparfait, annulable par conséquent, et non pas inexistant. Et l'alinéa 2 ajoute que la partie capable qui a contracté avec un mineur, un interdit ou une femme mariée, ne peut pas, en se prévalant de l'incapacité de ceux-ci, demander la nullité du contrat; or, quand un acte est inexistant, tout intéressé peut opposer son inexistence. Voici, au surplus, le texte de l'art. 1125 : « *Le mineur, l'interdit et la femme mariée* » *ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engage-* » *ments que dans les cas prévus par la loi. — Les personnes* » *capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du* » *mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles* » *ont contracté* ».

L'art. 1125 n'est qu'une application particulière de cette idée générale que l'annulabilité d'un contrat ne peut être invoquée que par celui en faveur duquel elle a été établie. La loi permet au mineur, à l'interdit ou à la femme mariée non autorisée, qui ont contracté avec une personne capable, d'exiger l'exécution du contrat : ce qu'ils feront naturellement si le contrat est avantageux pour eux, s'il leur a procuré un bénéfice. Elle leur permet aussi, dans la plupart des cas au moins, de se dédire en demandant l'annulation du contrat, et ils prendront ce parti bien évidemment quand le contrat leur sera préjudiciable. On voit donc que la personne capable qui a contracté avec un incapable est pleinement à la discrétion de celui-ci : ce dont elle n'a pas le droit de se plaindre, car elle a dû connaître la condition de celui avec qui elle contractait et prévoir, par conséquent, l'instabilité du contrat qu'elle passait [1].

On admettait généralement, dans nos anciens pays de droit coutumier, que, lorsqu'une femme mariée s'était obligée sans l'autorisation de son mari, la nullité était absolue et qu'elle pouvait, par suite, être invoquée par la personne qui avait

[1] Il résulte de ces principes que, lorsqu'un mineur fait annuler un contrat en vertu de l'art. 1125, le majeur qui a traité avec lui n'a pas droit à garantie. — Douai, 10 nov. 1890, D. P., 91. 2. 133.

contracté avec la femme [1]. Ainsi, en tant que l'art. 1125 s'applique à la femme mariée, le Code civil a innové.

239. Mais la faveur accordée à l'incapable ne va pas jusqu'à lui permettre de s'enrichir aux dépens de la personne avec qui il a contracté. Le mineur, l'interdit ou la femme mariée qui, sur le fondement de son incapacité, obtient l'annulation d'un contrat, devra donc restituer ce qu'il a reçu en exécution de ce contrat. Ainsi le mineur qui a vendu un bien et qui fait rescinder la vente, devra restituer le prix ou la partie du prix qu'il a touchée, si, du moins, il en a profité. Art. 1312 [2].

II. *Personnes frappées d'une incapacité spéciale de contracter.*

240. « Et généralement tous ceux à qui la loi interdit cer-
» tains contrats », dit l'art. 1124 *in fine*. C'est ainsi que le tuteur ne peut acheter les biens de son pupille. Art. 450, al. 3. De même le contrat de vente est interdit entre époux. Art. 1595. D'autres incapacités spéciales de contracter résultent des art. 1596, 1597, 1840, 2045 et 2124.

241. Ainsi qu'on l'a vu [3], nous rangeons également les prodigues et les faibles d'esprit, soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire, dans la catégorie des personnes auxquelles la loi interdit certains contrats [4].

Nous ne voyons aucune difficulté à étendre aux contrats nuls pour avoir été passés par le prodigue ou le faible d'esprit sans l'assistance de son conseil, la disposition de l'art. 1125, al. 2, aux termes duquel : « Les personnes capables de
» s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de

(1) V. Pothier, *De la puiss. du mari*, n. 5, et *Introd. au tit. X de la Cout. d'Orléans*, n. 144; *Nouveau Denizart*, v° *Autor.*, § 2, n. 15. — Cependant Bourjon était d'un autre avis : « Nonobstant l'inhabileté ci-dessus, la femme en puissance de mari peut faire sa condition meilleure sans autorisation; *d'où il s'ensuit que, quoique le contrat qu'elle a passé ne soit pas obligatoire de sa part, il subsiste en sa faveur;* cela est aussi juridique qu'équitable, celui qui a contracté avec elle ne pouvant être présumé avoir ignoré sa qualité ». *Droit commun de la France*, 4e part., ch. III, sect. 2, n. 8. — V. aussi dans le même sens Lebrun, *De la commun.*, liv. II, ch. I, sect. 5, n. 3.

(2) V. notre tome III, n. 1970-1979.

(3) V. *supra*, n. 233.

(4) *Sic* Huc, VII, n. 58, p 86.

» l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont con-
» tracté ». On nous objectera peut-être que cette extension est fort rationnelle de la part de ceux qui, assimilant les personnes pourvues d'un conseil judiciaire aux interdits, les placent parmi les personnes frappées d'une incapacité générale de contracter, mais que, pour ceux qui n'admettent pas cette assimilation, elle constitue une violation de la règle que les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Nous répondons que l'art. 1125, al. 2, n'est point une disposition exceptionnelle, mais une application particulière de cette règle générale que l'annulabilité d'un contrat ne peut être invoquée que par celui en faveur duquel elle a été établie, à la différence de l'inexistence, qui peut être invoquée par tout intéressé (1).

242. D'ailleurs, à raison de la portée générale du motif de cette décision, il faut dire qu'il en est de même de tous les engagements contractés par des personnes qui, en ce qui regarde ces engagements, étaient frappées d'incapacité. C'est ainsi que les communes seules peuvent faire annuler les acquisitions ou les transactions qu'elles ont faites sans y être autorisées (2). De même, le tiers majeur qui a contracté avec un syndic de faillite ne peut pas demander la nullité de la convention pour inaccomplissement des formalités prescrites par la loi dans l'intérêt exclusif de la masse des créanciers (3). De même l'annulabilité de la convention par laquelle une société d'assurances mutuelles a fait un placement de ses fonds en valeurs autres que celles qui sont limitativement autorisées par l'art. 33 du décret du 22 janvier 1868 est simplement relative et, par suite, ne peut pas être invoquée par ceux qui, maîtres de leurs droits, ont traité avec la société (4).

(1) Aubry et Rau, IV, p. 250, et I, p. 575; Demolombe, VIII, n. 769; Laurent, V, n. 307 et 374; Thiry, I, n. 647; Baudry-Lacantinerie et Bonnecarrère, *op. cit.*, IV, n. 996. — Lyon, 29 mai 1872, S., 72. 2. 96, D. P., 73. 2. 19. — Crim. cass., 27 juin 1884, S., 87. 1. 334, D. P., 85. 1. 135. — Bruxelles, 4 nov. 1880, *Pas.*, 81. 2. 5; 1er fév. 1888, *Pas.*, 88. 3. 197.

(2) *Sic* Civ. cass., 16 mars 1836, S., 36. 1. 609. — V. aussi C. civ. Fuzier-Herman, art. 1125, n. 12-17. — *Contra* Laurent, XVI, n. 63.

(3) Req., 11 fév. 1873, S., 73. 1. 369, D. P., 73. 1. 245.

(4) Civ. Cass., 26 mai 1894, S., 94. 1. 265, D. P., 94. 1. 556.

SECTION III

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS

243. *De ce qui peut faire l'objet et la matière des* OBLIGATIONS : tel est l'intitulé que Pothier donne à la section dans laquelle il traite du sujet qui va nous occuper. Notre législateur, certainement sans avoir l'intention de modifier l'idée que cet intitulé exprime, l'a remplacé par celui qu'on vient de lire : *De l'objet et de la matière des* CONTRATS : ce qui annonce dans son esprit une confusion entre l'objet de l'*obligation* et celui du *contrat*. La confusion que fait soupçonner la rubrique éclate dans les articles de la section, où il est parlé, tantôt de l'objet du *contrat* (art. 1126 à 1128), tantôt de l'objet de l'*obligation* (art. 1129 à 1130). Demante écrit à ce sujet : « La loi confond avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. En effet, le contrat, n'ayant pas d'autre but que de produire une ou plusieurs obligations, il a forcément pour objet ce qui fait la matière de l'engagement ou des engagements qui doivent en naître » (1). — Nous croyons au contraire que la loi a eu tort de confondre l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. A notre avis, le contrat a pour objet le droit qu'il a pour but de créer : ce sera, soit un droit de propriété, d'usufruit ou d'usage sur une chose, soit le droit d'exiger l'accomplissement d'un fait ou une abstention. Cpr. art. 1127. Et ce droit, qui a pour contre-partie l'obligation du débiteur, a lui-même pour objet, comme cette dernière, la chose ou le fait promis. En un mot, l'objet du contrat, c'est le droit que les parties veulent créer en contractant; l'objet de l'obligation, c'est la chose ou le fait auquel ce droit s'applique (2).

D'après les idées généralement reçues, l'objet de l'*obligation* et, par suite, du *contrat*, c'est ce sur quoi porte l'obligation, c'est la matière de l'obligation.

Les deux mots *objet* et *matière*, que la rubrique de notre

(1) V. n. 40. — V. aussi Demolombe, XXIV, n. 301 ; Thiry, II, n. 607.

(2) Cette idée que l'objet de l'obligation et celui du contrat se confondent a été encore critiquée à un autre point de vue. — V. Marcadé, IV, n. 447.

section paraît présenter comme éveillant des idées distinctes, sont synonymes. On n'en peut guère douter, quand on voit l'art. 1108 nous parler d' « un *objet* certain qui forme la *matière* de l'engagement ».

Aux termes de l'art. 1126 : « *Tout contrat a pour objet une » chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie » s'oblige à faire ou à ne pas faire* ».

Le législateur s'occupera, dans deux sections distinctes, de l'obligation de donner (section II du chap. III), et de l'obligation de faire ou de ne pas faire (section III du même chapitre).

Dans l'art. 1126, ainsi, d'ailleurs, que dans l'art. 1128, le mot *chose* est pris dans son sens le plus large, et, ceci posé, on ne peut point relever dans l'art. 1126 un défaut d'exactitude (1). Cependant sa disposition eût été mieux rédigée dans les termes suivants : « L'objet de l'obligation peut consister en une chose ou en un fait » (2). Nous étudierons successivement ces deux hypothèses.

§ 1. *L'obligation a pour objet une chose.*

244. La chose, qui forme l'objet de l'obligation, doit : 1° exister dans la nature; 2° être dans le commerce; 3° constituer un objet certain, c'est-à-dire être déterminée ou, au moins, déterminable.

I. *La chose doit exister dans la nature.*

245. La chose qui fait l'objet de l'obligation, doit exister dans la nature; autrement l'obligation serait sans objet et, par suite, *inexistante* : « *At si quis rem, quæ in rerum natura*

(1) Cpr. Demolombe, XXIV, n. 302; Laurent, XV, n. 75, p. 104; Colmet de Santerre, V, n. 42 *bis*.

(2) C'est à peu près en ces termes que Pothier s'exprimait (*Oblig.*, n. 130), et l'art. 23 du projet, qui est devenu l'art. 1126, reproduisait presque textuellement les expressions du grand jurisconsulte : « Tout contrat, disait-il, a pour objet une chose qu'une partie s'oblige de donner, ou *un fait que l'une des parties s'oblige de faire ou de ne pas faire* ». Locré, XII, p. 96; Fenet, XIII, p. 7. Sur la demande du Tribunat, cette rédaction fut modifiée, mais uniquement pour éviter cette façon de parler « faire un fait ». Locré, XII, p. 259; Fenet, XIII, p. 146. C'est, d'ailleurs, dans le même sens général que l'expression *chose* est prise dans l'art. 1126.

non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio » (1).

246. L'art. 1601 fait à la vente l'application de cette règle : « Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle ». Al. 1er. Je vous vends une chose qui est périe au moment de la vente, par exemple, mon cheval qui est mort la veille du contrat, il n'y a pas de vente, parce qu'il n'y a pas d'objet. Art. 1601, al. 1er (2).

En sera-t-il de même si la chose n'est périe qu'en partie ? Prévoyant cette seconde hypothèse, l'al. 2 de l'art. 1601 ajoute : « Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée en faisant déterminer le prix par la ventilation ». Cependant la vente peut être maintenue malgré l'acheteur, si, comparée à la totalité, la partie périe est sans importance (3).

Ces dispositions ne visent que la vente, mais, comme elles découlent des principes généraux, nous croyons qu'on doit les étendre aux autres contrats (4).

246 I. On enseigne généralement, par application de l'art. 1382, que, lorsque l'une des parties a connu, au moment où elle a traité, la perte totale ou partielle qui a empêché le contrat de se former, elle peut être condamnée à des dommages-intérêts au profit de l'autre, si, du moins, celle-ci n'avait pas connaissance de la perte. Mais, d'après nous, ce n'est pas assez dire : celui qui a promis une chose, alors qu'elle avait déjà péri, est responsable, même s'il ignorait la perte de cette chose, à moins qu'il n'établisse que son ignorance était excusable (5). En un mot, nous appliquons ici la théorie de la *culpa in contrahendo* (6).

247. Mais, nonobstant la règle que nous venons de formu-

(1) Instit., § 1, *De inutil. stipul.* (III, 19).
(2) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 98.
(3) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 99.
(4) Larombière, I, p. 207 (art. 1128, n. 8); Demolombe, XXIV, n. 322.
(5) V. Ihering, *De la culpa in contrahendo*, etc... dans *Œuvres choisies*, traduc. de Meulenaere, II, n. 25, p. 60-62.
(6) V. *infra*, n. 362.

ler, les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation (art. 1130, al. 1er), sauf l'exception que nous aurons à étudier relativement aux successions non ouvertes (art. 1130, al. 2 [1]). Le législateur a considéré que, si ces choses n'existent pas actuellement, elles sont, du moins, destinées à exister. Ainsi je puis vendre la récolte que mon vignoble produira l'année prochaine, et je puis faire cette vente à tant la mesure, par exemple à 2.000 fr. le tonneau, ou pour un prix ferme, exemple : toute la récolte pour 50.000 fr.

Dans ce dernier cas, l'acheteur devra-t-il payer son prix, si la récolte est nulle ou à peu près, par exemple si la gelée l'a détruite ou l'a réduite à des proportions si exiguës qu'il ne vaut pas la peine de vendanger, parce que les frais absorberaient et au delà le produit ? Tout dépend de la nature de la convention faite entre les parties. Si c'est seulement la chance d'une récolte qui a fait l'objet du contrat, alors c'est une simple espérance qui a été vendue ; l'acheteur devra payer son prix, quoi qu'il arrive, même si la récolte est nulle. Il y a vente *aléatoire*, et le prix aura naturellement été fixé en conséquence [2]. Quand, au contraire, les parties ont traité en vue d'une récolte future, et non du simple espoir d'une récolte, la vente sera non avenue faute d'objet s'il n'y a pas de récolte ou s'il y a une récolte à peu près nulle; car, en droit, presque rien équivaut à rien. Dans ce dernier cas, il y a vente conditionnelle [3].

Mais comment savoir si c'est l'espoir d'une récolte, ou une récolte espérée qui a été vendue ? Au juge il appartiendra de résoudre cette question en cas de difficulté. Les principaux éléments de décision lui seront fournis par les termes de la convention et par les diverses circonstances, notamment par la comparaison du prix avec la valeur probable de la récolte. Mais ici, comme toujours en pareil cas, le doute devrait s'interpréter contre le vendeur. Art. 1602, al. 2 [4].

[1] V. ci-après, n. 259 et suiv.

[2] L. 8, § 1, D., *De contrah. empt.*, XVIII, 1: — Nov. 160, cap. 1, nov. 72, cap. 7.

[3] L. 8, pr., D., *eod. tit.*

[4] Despeisses, p. 7, n. 1; Pothier, *Vente*, n. 5; Duranton, X, n. 300-301; Troplong,

Les ventes de choses futures sont fréquentes dans le commerce. Souvent un industriel vend, livrables à terme, des marchandises qu'il n'a pas encore fabriquées et dont il ne possède peut-être même pas la matière première. Ainsi un fabricant de drap vendra à une compagnie de chemins de fer 10.000 mètres de drap pour garnir des wagons, livrables dans un an, alors qu'au moment où il passe ce marché il n'a ni le drap ni même la laine pour le fabriquer. Ces ventes portent le nom générique de *ventes à livrer* (1).

II. *La chose doit être dans le commerce.*

A. *Etude générale de cette condition.*

248. Une chose, pour pouvoir être l'objet d'une obligation, doit aussi être dans le commerce, c'est-à-dire être susceptible de faire l'objet du droit que les parties veulent établir sur elle à l'aide de la convention. « *Il n'y a que les choses qui sont* » *dans le commerce qui puissent être l'objet des conven-* » *tions* », dit l'art. 1128 (2).

Beaucoup de choses sont hors du commerce d'une manière relative. Mais il n'y en a que fort peu qui soient d'une *manière absolue* hors du commerce, et qui, à ce titre, ne puissent faire l'objet d'aucune convention. C'est ainsi que la plupart des choses qui ont une destination d'utilité publique se prêtent à certaines conventions. Par exemple, l'Administration autorise tous les jours, moyennant une redevance annuelle, l'établissement sur le rivage de la mer de constructions temporaires, principalement de cabines destinées aux baigneurs. De même, un particulier peut être autorisé à établir un tunnel ou un aqueduc sous une route nationale. Ces diverses concessions

Vente, I, n. 204; Larombière, I, p. 238 (art. 1130, n. 7); Colmet de Santerre, V, n. 47 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, p. 352-353, note 33; Demolombe, XXIV, n. 306; Laurent, XXIV, n. 99; Thiry, II, n. 609; Guillouard, *Vente*, I, n. 166; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 97.

(1) Massé, *Droit commercial*, III, p. 117, n. 1539.

(2) Chez les Romains, ceux-là seuls qui avaient le *jus commercii* pouvaient faire toutes sortes d'actes juridiques relatifs aux biens; cette faculté n'appartenait qu'aux citoyens. C'est en partant de cette idée qu'on a appelé choses *hors du commerce* celles qui ne peuvent faire l'objet d'aucune convention.

ont un caractère précaire à l'égard du concédant, mais la jurisprudence les considère comme constitutives de véritables droits à l'égard des tiers.

Une chose peut être hors du commerce :

Soit à raison de sa *nature,* comme l'air, la mer;

Soit à raison de sa *destination,* comme les choses faisant partie du domaine public, par exemple les places fortes, les routes nationales, les fleuves...;

Soit par des considérations d'ordre public : telles sont, les substances vénéneuses, dont la vente n'est autorisée qu'avec d'importantes restrictions (1), certaines armes (2), les animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladies contagieuses (3), les fonctions publiques, les successions futures (4). Ces deux derniers points méritent de fixer quelque temps notre attention.

B. *Des contrats relatifs aux fonctions publiques.*

249. Les fonctions publiques, disons-nous, sont hors du commerce. Il en est ainsi même pour les charges des officiers ministériels, sauf la modification dont nous parlerons bientôt. C'est là un principe de droit constitutionnel : les fonctions publiques supposent une délégation de la puissance publi-

(1) L. 19 juil. 1845; Ordonn. 29 oct. 1846; Décret 8 juil. 1850. — V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente,* n. 105.

(2) Déclaration 23 mars 1728; Décret 12 mars 1806; C. pén., art. 314; Ordonn. 23 fév. 1837. — V. aussi, en ce qui concerne les armes et munitions de guerre et les substances explosibles, L. 1er août 1874; L. 14 août 1885. — V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op.* et *loc. cit.*

(3) L. 23 juil. 1881, art. 13, et D., 22 juil. 1888. — Civ. cass., 20 juil. 1892, S., 92. 1. 394, D. P., 93. 1. 20.

(4) La loi du 23 messidor an III, pour des raisons d'ordre public, interdisait la vente des grains en vert. Art. 1er. La Convention avait voulu, par cette prohibition renouvelée des capitulaires de Charlemagne et des ordonnances de Louis XI, de François Ier et de Louis XIV, empêcher que des agriculteurs à bout de ressources ne consentissent à vendre leurs récoltes non encore mûres. D., *Répert. alph.*, v° *Grains*, n. 48-58 et *Suppl.* au *Rép. alph.*, *eod.* v°, n. 4. — Mais cette loi a été abrogée par l'art. 14 de la loi du 9 juillet 1889 (Loi sur le Code rural, tit. II et III : *Parcours, vaines pâtures, bans des vendanges, vente des blés en vert,* etc...), qui a tout simplement, comme l'a dit le rapporteur, M. Boreau-Lajanadie, consacré sa désuétude. — D. P., 90. 4. 22. — Cette dernière proposition est, du moins, vraie en ce sens que la loi de l'an III n'était plus appliquée dans ses dispositions pénales.

que. Elles ne peuvent donc pas faire l'objet de conventions.

Deux conséquences découlent de ce principe :

250. 1° Tout contrat par lequel un fonctionnaire public s'engage à démissionner pour laisser le champ libre à une autre personne qui s'oblige, en retour, à lui payer une certaine somme d'argent, est radicalement nul.

La jurisprudence a fait des applications de cette idée, notamment en ce qui concerne les fonctions de percepteur des contributions directes (1), celles de garde-port (2), celles d'exécuteur des arrêts criminels (3).

Elle s'était d'abord prononcée en sens contraire (4), mais elle n'a pas tardé à changer. Aujourd'hui la question ne peut plus se discuter, car la loi du 9 juin 1853 assimile au fonctionnaire coupable de malversation celui qui se démet de ses fonctions à prix d'argent et le prive, par conséquent, de tous ses droits à la retraite. Art. 27 (5).

251. Mais l'art. 91 de la loi de finances du 28 avril 1816 a autorisé certains officiers ministériels (avocats à la cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers et commissaires-priseurs) à présenter leurs successeurs au chef de l'Etat. On admet que cette disposition leur donne implicitement le droit de stipuler un prix pour la cession qu'ils font de leurs offices (6).

Il va sans dire que cette disposition, présentant un caractère exceptionnel, ne peut être étendue à aucun autre emploi public (7).

(1) Rennes, 13 juil. 1840, S., 40. 2. 414, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 563. — Montpellier, 17 déc. 1849, S., 50. 2. 16, D. P., 50. 2. 329. — V. en outre C. civ. Fuzier-Herman, art. 1128, n. 15 s.

(2) Paris, 30 janv. 1857, S., 57. 2. 108, D. P., 59. 5. 194.

(3) Lyon, 21 juil. 1856, S., 57. 2. 108, D. P., 56. 2. 263.

(4) V. C. civ. Fuzier-Herman, art. 1128, n. 22-25.

(5) V., pour plus de détails, Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 100.

(6) V., pour les développements, Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 101.

(7) Paris, 18 nov. 1837, S., 38. 2. 65; D., *Répert. alph., eod.* v°, n. 574. — Toutefois les maîtres de poste peuvent aussi, en vertu de l'art. 69 de la loi du 24 juillet 1793 et de l'arrêté du 30 prairial an VII, présenter leurs successeurs. Lyon, 12 fév. 1840, S., 40. 2. 174, D., *Répert. alph.*, v° *Postes*, n. 151-4°. — Mais, pas plus pour les maîtres de poste que pour les officiers ministériels visés par la loi du 28 avril 1816, le droit de présentation n'implique un droit de propriété qui soit dans le commerce. — Riom, 30 mai 1838, sous Cass., 14 déc. 1841,

252. 2° Il résulte également de notre principe qu'en général tout contrat de société que le titulaire d'un office conclut avec un ou plusieurs autres individus pour l'exploitation de cet office est non avenu. Cette solution est exacte alors même qu'il s'agit d'un des offices ministériels pour lesquels la loi du 28 avril 1816 admet le droit de présentation. C'est qu'en effet, en ce qui les concerne, le principe n'a pas été aboli; il a reçu seulement une limitation (1).

Et il n'y a pas à distinguer entre l'*office* même et la *finance*, c'est-à-dire le capital que représente l'office et les bénéfices qui peuvent provenir de ce capital; la transmission de la finance « ne pouvant s'opérer qu'avec l'assentiment et sous le contrôle de l'autorité compétente » (2). Le titulaire ne peut donc même pas s'associer valablement avec un simple bailleur de fonds qui ne participerait en aucune façon à l'exercice de la fonction et qui n'interviendrait que pour le partage des bénéfices (3).

253. Cependant, d'après la cour de cassation, l'office ministériel du mari est une véritable propriété mobilière, et, en conséquence, il entre dans la communauté. Toutefois, à la dissolution de celle-ci, le mari a le droit de retenir l'office

S., 42. 1. 23, D. P., 42. 1. 55. — Orléans, 28 nov. 1837, S., 42, 1. 23 en note, D., *Répert. alph., loc. cit.* — Ces décisions ne présentent guère plus qu'un intérêt rétrospectif. — V. Larombière, I, p. 220-221 (art. 1128, n. 21).

(1) Duvergier, *Sociétés*, n. 58 s.; Troplong, *Sociétés*, I, n. 89 s.; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 315, 5e édit., p. 536; Pont, *Société civ. et comm.*, I, n. 46; Demolombe, XXIV, n. 338; Labbé, sous Req., 6 janv. 1880, dans S., 81. 1. 49; Pont, *Société*, n. 37; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, II, n. 72; Guillouard, *Société*, n. 45; Huc, XI, n. 14, p. 22-24; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n. 68. — Req., 9 fév. 1852, S., 52. 1. 190, D. P., 52. 1. 70. — Paris, 1er mars 1850, D. P., 50. 2. 153; 4 fév. 1854, S., 54. 2. 148, D. P., 54. 2. 149. — Toulouse, 18 janv. 1866, S., 66. 2. 107, D. P., 66. 2. 6 (Dans ces quatre décisions il s'agissait d'une charge d'huissier). — Rennes, 29 déc. 1839, S., 40. 2. 81, D. P., 40. 2. 96. — Civ. cass., 15 janv. 1855, S., 55. 1. 257, D. P., 55. 1. 168 (Dans ces deux derniers arrêts, il s'agissait d'un office de notaire). — *Adde* Trib. Nantes, 9 mai 1839, S., 39. 2. 434, D., *Répert. alph.*, v° *Avoué*, n. 76. — Rennes, 28 août 1841, S., 41. 2. 494, D., *Répert. alph.*, v° *Office*, n. 216. — Req. 26 février 1851, S., 51. 1. 327, D. P., 51. 1. 253 (Dans ces trois dernières décisions, il s'agissait d'une étude d'avoué). — Rennes, 9 avril 1851, S., 52. 2. 261, D. P., 55. 2. 208; 19 janv. 1881, S., 81. 2. 181, D. P., 81. 2. 104 (Dans ces deux derniers arrêts, il s'agissait d'un office de courtier maritime). — Cpr. Rennes, 15 avril 1886, S., 86. 2. 213.

(2) Rennes, 19 janv. 1881, précité.

(3) Cpr. Req., 26 janv. 1851, S., 51. 1. 327, D. P., 51. 1. 253.

comme propre, à charge de payer à la masse commune une indemnité égale à toute la valeur de l'office au moment de la dissolution de la communauté. Mais c'est là pour lui une pure faculté dont il est libre d'user ou de ne pas user. S'il prend ce dernier parti, l'office demeure conquêt de communauté, et, par suite, le prix de la cession qui en est faite ultérieurement, fait partie de l'actif de la communauté en tant qu'il représente l'office à l'époque de la dissolution de celle-ci (1). On peut s'étonner que la cour suprême se soit prononcée de la sorte, alors qu'elle estime, d'autre part, que la *finance* inhérente à l'office ne peut pas faire l'objet d'une association, même avec un bailleur de fonds absolument étranger à l'exercice de la fonction. La communauté n'est-elle donc pas une espèce de société de biens. Logiquement, il aurait fallu décider que l'office, sans distinction entre l'office proprement dit et la finance, était et demeurait un propre du mari, sauf pour ce dernier l'obligation de récompenser la communauté à raison des sommes qu'elle lui aurait fournies pour lui permettre de devenir titulaire de cet office (2).

254. Mais, si, en général, la finance qui réside dans un office ne comporte pas d'association, il a été apporté une exception à cette règle en faveur des agents de change près des bourses pourvues d'un parquet. La loi du 2 juillet 1862, modifiant les art. 74, 75 et 76 du Code de commerce, a autorisé ces agents de change à « s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés participants aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur ». Mais « le titulaire de l'office doit toujours être propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et du montant du cautionnement ». C. co., art. 75.

Ici encore, il s'agit d'une disposition exceptionnelle. Elle ne saurait donc être appliquée aux courtiers.

(1) Req., 6 janv. 1880, S., 81. 1. 49, D. P., 80. 1. 361. — *Adde* Douai, 20 déc. 1862 et Trib. de Montreuil sur-Mer, joint à Douai, 14 fév. 1863, S., 64. 2. 109. — V. dans le même sens Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, I, n. 855 et les auteurs par eux cités.

(2) *Sic* la note de M. Labbé dans Sirey, sous Req., 6 janv. 1880, précité.

255. Tous les emplois qui ne constituent pas des fonctions publiques échappent à la règle que nous venons d'étudier. C'est ainsi que l'emploi de secrétaire de la mairie peut être valablement cédé [1]. Nous en dirons autant de celui de facteur de la halle [2].

256. Les agréés près des tribunaux de commerce ne sont pas des officiers ministériels. Ce sont tout simplement des mandataires recommandés à la confiance des justiciables par le choix du tribunal auprès duquel ils exercent. Nous n'avons donc pas à nous demander s'ils peuvent céder leur office, celui-ci n'ayant pas d'existence légale. Mais la jurisprudence admet avec raison qu'ils peuvent céder leur pratique et leur clientèle [3].

Il reste à savoir si une pareille cession, lorsqu'elle est faite purement et simplement, est subordonnée à la condition que le tribunal de commerce agréera le cessionnaire à la place du cédant. C'est une question que nous n'avons pas à résoudre [4].

257. On peut, au point de vue du droit de cession, rapprocher des agréés les commissaires au mont-de-piété. Ces derniers ne sont pas des préposés de l'administration. Ce sont des représentants des particuliers, intermédiaires entre ceux-ci et le mont-de-piété. Leur nomination par l'autorité, après constatation de leur moralité et de leur solvabilité, a uniquement pour but de mettre leurs clients à l'abri des pertes qu'ils seraient exposés à subir, si la profession dont il s'agit pouvait être exercée par les premiers venus. Les commissaires au mont-de-piété peuvent donc céder l'exploitation de leur bureau. Toutefois, les effets de cette cession sont subordonnés

(1) Trib. Le Mans, 22 avril 1890, *Gaz. Trib.*, 18 mai 1890.

(2) Paris, 5 mars 1881, S., 81. 2. 30, D. P., 82. 2. 39. — V. C civ. Fuzier-Herman, art. 1128, n. 45.

(3) Bordeaux, 23 mai 1865, S., 66. 2. 32, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Agréé*, n. 4, note 1. — *Adde* Rouen, 25 juil. 1846, S., 48. 1. 97 (joint à Cass.), D. P., 46. 2. 192, et, sur pourvoi, Req., 14 déc. 1847, S., *ibid.*, D. P., 48. 1. 12. — Dans le même sens Nouguier, *Trib. de comm.*, I, p. 117; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Agréé*, n. 2; Demolombe, XXIV, n. 341; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Agréé*, n. 20.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 102.

à l'acceptation, par l'administration, de la démission du cédant et à la nomination du cessionnaire [1].

258. La clientèle d'un médecin est-elle susceptible de faire l'objet d'une vente? Il n'est pas douteux qu'il faille répondre négativement, car c'est surtout la clientèle d'un médecin qui résulte de ce sentiment essentiellement relatif qu'on appelle la confiance.

Mais, ordinairement, quand un médecin consent à un autre ce qu'on appelle improprement une cession de clientèle, il s'engage à ne plus exercer dans un certain rayon et à présenter son cessionnaire à ses clients. Souvent aussi, il lui cède le bail du local où il recevait ces derniers. Les objets de ces diverses obligations n'ont rien d'illicite, et, par suite, la convention dont nous parlons doit produire son effet [2].

Il faut, on le voit, pour qu'un traité de ce genre soit valable, qu'il puisse véritablement procurer un avantage au cessionnaire. Aussi la vente que les héritiers d'un médecin font de sa clientèle est radicalement nulle, le cessionnaire ne pouvant plus être mis en rapport avec les clients, puisque le médecin est mort. Cette solution s'impose particulièrement si la vente dont il s'agit ne renferme pas une cession du bail, cette cession étant le seul avantage que la vente de la clien-

[1] Paris, 10 août 1850, S., 50. 2. 533, D. P., 52. 1. 217. — Req., 2 août 1852, S., 52. 1. 708, D. P., 52. 1. 217. — Req., 15 janv. 1855. S, 55. 1. 366, D. P., 55. 1. 345.

[2] Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 316, 5e éd., p. 538. — Paris, 29 avril 1865, S., 65. 2. 123, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Médecine*, n. 25, note 1. — Riom, 13 mars 1894, S., 95. 2. 43. — Paris, 3 août 1894, S., 96. 2. 258, D. P., 96. 2. 31. — Plusieurs décisions ont même reconnu la validité de la convention par laquelle un médecin s'engageait simplement envers un confrère à quitter la localité dans laquelle il exerçait et à ne pas s'y établir de nouveau dans l'avenir en qualité de médecin. — Angers, 28 déc. 1848, S., 49. 2. 105, D. P., 50. 2. 193. — Paris, 6 mars 1851, S. 51. 2. 278, D. P., 51. 2. 185. — Req., 13 mai 1861, S., 61. 1. 638, D. P., 61. 1. 326. — Toutes ces décisions posent d'ailleurs en principe que la vente même de la clientèle est nulle. — Cpr. Demolombe, XXIV, n. 342; Laurent, XXIV, n. 96; Dubrac, *Tr. de jurispr. médic. et pharmaceutique*, n. 503; Léchopié et Floquet, *Code des médecins*, p. 328; Roland, *Les médecins et la loi du 30 novembre 1892*, n. 168; Pabon, *Manuel juridique des médecins*, n. 210 s. — V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 103.

Le portefeuille de l'agent d'une compagnie d'assurances est-il dans le commerce? V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 104.

tèle puisse présenter pour l'acquéreur, lorsqu'elle est consentie après la mort du médecin [1].

C. *Etude spéciale de la prohibition des pactes sur successions futures.*

259. Aux termes de l'art. **791** du Code civil : « *On ne peut,* » *même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un* » *homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir* » *dans sa succession* » [2]. L'art. **1130** renouvelle cette prohibition, et formule en même temps le principe dont elle n'est qu'une déduction. Après avoir dit, en effet, que « *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation* », et avoir rappelé qu' « *On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte* », il ajoute, dans les termes les plus généraux « *ni faire* AUCUNE STIPULATION *sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit* ». Plus loin, dans l'art. **1600**, le législateur, croyant utile de revenir sur cette idée pour en faire une nouvelle application, dispose qu' « *On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement* ».

Il résulte évidemment de cette insistance que les auteurs du Code ont attaché une très haute importance à la prohibition dont nous parlons.

260. Sur cette matière, nous étudierons successivement les quatre points suivants : *a*. Motifs et sanction de la prohibition écrite dans l'art. **1130**, al. **2**; — *b*. A qui cette prohibition s'adresse-t-elle? — *c*. A quels caractères reconnaît-on les pactes sur succession future? — *d*. Exceptions à cette prohibition.

N° 1. Motifs et sanction de la prohibition.

261. Deux motifs bien distincts ont fait interdire dans le droit français les pactes sur les successions non ouvertes. L'un de ces motifs est traditionnel; l'autre, d'ordre nouveau.

(1) Paris, 25 juin 1884, S., 84. 2. 176, D. P., 86. 1. 175. — Cpr. Req., 12 mai 1885, S., 85. 1. 440, D. P., 86. 1. 175.

(2) V. pour le commentaire de l'art. 791, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, 1re édit., I, n. 1377-1400 et II, n. 2397-2399, et 2e édit., II, n. 1003-1016, 1729-1731, 1904.

Les lois romaines considéraient ces pactes comme *odieux*. Ils étaient, d'après elles, non seulement *immoraux*, mais, en outre, *dangereux : immoraux*, parce qu'on y spécule sur la mort d'une personne, le stipulant ayant intérêt à ce que cet événement se réalise le plus tôt possible; *dangereux*, parce que, poussées par cet intérêt, les parties peuvent obéir à des pensées coupables et hâter cet événement [1].

Ces idées se retrouvent exactement dans Pothier. Il rappelle, dans son *Traité des Obligations*, que les lois romaines proscrivaient les conventions sur les successions futures « comme indécentes et contraires à l'honnêteté publique », et c'est là un point à noter, car il ressort des explications de Pothier que telles étaient aussi les raisons qui firent maintenir la prohibition dans notre ancien droit [2]. Au surplus, on lit, dans un autre de ses ouvrages : « Cette règle (la règle qu'on peut vendre les choses futures) souffre exception à l'égard des choses qu'il est contre la décence et les bonnes mœurs d'espérer, telle qu'est une succession future, qu'on ne pourrait espérer qu'en espérant la mort de la personne qui doit y donner ouverture; ce que les bonnes mœurs ne permettent pas » [3].

Ainsi nos anciens auteurs avaient accepté sur ce point les idées romaines. Or, en cela, ils ont été fidèlement suivis par les auteurs du Code. Bigot-Préameneu, en effet, dans l'*Exposé des motifs*, s'inspire directement de Pothier quand il dit que, si les stipulations sur les successions non ouvertes doivent être prohibées, c'est parce qu'elles sont au nombre des « conventions incompatibles avec l'honnêteté publique » [4].

(1) L. 30, C., *De pactis*, II, 3. — Consulter Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e édit., II, p. 335, note 2.

(2) *Oblig.*, n. 132 (édit. Dupin, I, p. 68).

(3) *Vente*, n. 527 (édit. Dupin, II, p. 231).

(4) Fenet, XIII, p. 228; Locré, XII, p. 324, n. 25. — D'après Colmet de Santerre, ce n'est pas l'opinion si défavorable que le droit romain avait des pactes dont nous parlons qui a déterminé notre législateur à les proscrire. La preuve, c'est qu'il autorise des conventions tout aussi dangereuses que les pactes sur succession future, par exemple le contrat de rente viagère, qui est même plus dangereux. La vérité, c'est que les pactes relatifs aux successions non ouvertes portent sur un droit incertain, sur un émolument plus incertain encore et dont on redoute souvent de ne pouvoir profiter que dans un avenir lointain. Dans cette situation,

Ce premier motif s'applique aux pactes intervenus entre les futurs héritiers et des tiers sans l'autorisation de celui de la succession duquel il s'agit. Mais, d'autre part, l'interdiction des pactes sur successions futures repose également sur un motif d'ordre nouveau. Le tribun Mouricault, dans le discours qu'il prononça devant le Corps législatif, l'explique en ces termes : « C'est une prohibition juste (la prohibition de faire de pareils pactes, alors même qu'ils sont autorisés par le futur *de cujus*), puisque sans elle *l'un des principaux objets de notre législation actuelle serait facilement éludé,* la plupart de ces conventions sur les successions futures ayant pour but de porter atteinte à *l'égalité des partages* » (1). On sait quelle est, aux yeux du législateur, l'importance de ce dernier principe. L'interdiction des pactes sur les successions non ouvertes est donc une mesure d'intérêt social (2). Ce

beaucoup de personnes, poussées par le besoin ou par la cupidité, aliéneraient pour un prix insignifiant leurs droits éventuels dans des successions futures. De pareils contrats seraient donc presque toujours lésionnaires. Notre code, repoussant en principe la rescision pour cause de lésion, a recouru ici à un moyen préventif. Il a préféré interdire les conventions sur succession future que les déclarer rescindables quand le successible serait loin de recevoir l'équivalent de ce qu'il abandonnerait. Colmet de Santerre, V, n. 45 *bis*. — Qu'il y ait une inconséquence dans le Code, c'est incontestable. Le contrat de rente viagère ne présente pas moins d'inconvénients que les pactes prohibés par l'art. 1130. Il serait facile, d'ailleurs, de citer plusieurs autres conventions qui sont dans le même cas et que notre loi n'a pas cependant proscrites. On pourrait faire remarquer, d'autre part, que les dangers signalés par la tradition ne se rencontrent pas dans certains pactes sur succession future. C'est notamment ce qui arrive pour la convention, que font les héritiers d'un homme vivant, de considérer comme non avenu tout testament qui avantagera l'un d'eux. — Req., 13 mai 1884, S., 84. 1. 336, D. P., 84. 1. 468. — Mais il ne nous est pas permis pour cela de travestir la pensée du législateur. — Laurent, XVI, p. 83, p. 114 *in fine*, 115. — Nous n'admettrons même pas avec certains auteurs, que notre prohibition soit fondée à la fois sur les deux ordres d'idées et, pour parler comme Larombière, que les rédacteurs du Code aient eu avant tout en vue la lésion qui serait souvent résultée des pactes successoires, en ajoutant toutefois à ce premier motif « comme pathétique péroraison » les considérations traditionnelles. Larombière, I, p. 253; Thiry, II, n. 610. — Cpr. Saleilles, *op. cit.*, n. 148; Huc, VII, n. 72, p. 102. — En effet, nous le répétons, tandis que, dans les travaux préparatoires, elles sont nettement invoquées, on n'y trouve pas trace de l'autre idée.

(1) Fenet, XIII, p. 419; Locré, XII, p. 557, n. 10.

(2) L'interdiction des pactes sur les successions futures doit-elle être considérée comme ayant un caractère d'ordre public international? Faut-il y voir simplement, au contraire, une disposition d'ordre public interne, par conséquent, une

second motif s'applique surtout aux renonciations à succession future.

261 I. De tout cela, il résulte une conséquence importante consacrée par une jurisprudence constante : c'est que les conventions faites en violation de la prohibition dont il s'agit, ne sont pas seulement nulles, mais bien *inexistantes*. Selon nous, les motifs de cette prohibition ne laissent aucun doute à cet égard (1).

Toute personne ayant intérêt pourra donc se prévaloir de la violation de la disposition de l'art. 1130 (2).

De plus, les pactes sur successions futures étant inexistants et non pas simplement annulables, la ratification ou l'exécution qui leur serait donnée après l'ouverture de la succession, ne saurait réparer les conséquences de la prohibition qui les concerne (3). Il s'ensuit que la prescription décennale établie par l'art. 1304 ne s'applique pas dans la matière (4).

Ajoutons que, comme la prohibition des pactes sur succession future a un caractère d'ordre public, le moyen tiré de cette prohibition peut être suppléé d'office par les juges (5).

262. Nonobstant la gravité des raisons qui expliquaient la prohibition des pactes sur les successions non ouvertes, notre

disposition qui s'adresse exclusivement aux nationaux ? Le tribunal régional supérieur de Colmar, par une décision du 22 nov. 1895, s'est prononcé dans le dernier sens. Il a, en conséquence, déclaré que les art. 791 et 1130 ne s'opposent pas à l'application d'une loi étrangère qui autorise les pactes sur les successions non ouvertes. D. P., 98. 2. 239.

(1) V. dans ce sens Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 317, 5e édit., p. 540-541 ; Laurent, IX, n. 463, et XVI, n. 83, p. 115 *in fine*, 116 ; Thiry, II, n. 610 *in fine ;* Planiol, II, 1re édit., 1056, 2e et 3e édit., 1015. — Req., 12 juin 1806, S. chr., II, 1. 256, D., *Répert. alph.*, v° *Succession*, n. 621. — Civ. rej., 11 nov. 1845, D. P., 46. 1. 25. — Cass., ch. réun., 2 juillet 1903, S., 1904. 1. 65, D. P., 1903. 1. 553. — En sens contraire, Zachariæ, § 345, texte et note 9.

(2) Paris, 4 fév. 1863, S., 63. 2. 56, D. P., 63. 2. 45.

(3) *Sic* Duvergier, I, n. 228 ; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, III, n. 2006 ; Duranton, XIII, n. 271 ; Larombière, V, p. 360 (art. 1304, n. 56) ; Laurent, IX, n. 464, et XVI, n. 106. — Aix, 2 juin 1840, S., 40. 2. 359, D., *Répert. alph.*, v° *Succession*, n. 621. — Metz, 10 mars 1841, S., 45. 1. 785, D. P., 46. 1. 25. — Agen, 13 juil. 1868, S., 68. 2. 316. — *Contra* Toullier, VIII, n. 516.

(4) Req., 12 juin 1806, précité. — Civ. cass., 2 juillet 1828, S. chr., IX, 1. 123, D., *Répert. alph.*, v° *Succession*, n. 621. — Aix, 2 juin 1840, précité. — *Contra* Req., 28 mai 1828, S. chr., IX, 1. 103, col. 3, D., *op.* et v° *cit.*, n. 622.

(5) Paris, 23 nov. 1876, D. P., 77. 2. 111.

ancien droit décidait que les conventions de cette nature pouvaient intervenir dans les contrats de mariage. Il ne distinguait même pas suivant que, dans ces contrats, on traitait sur sa propre succession ou sur celle d'autrui. Dans les deux cas, il admettait l'exception. La faveur qui s'attachait au contrat de mariage avait inspiré cette solution (1). Aujourd'hui, cette exception a disparu, ou, du moins, elle ne subsiste qu'en partie, ainsi que nous le verrons plus loin, en parlant de l'institution contractuelle (2).

N° 2. A qui s'adresse cette prohibition?

263. A qui s'adresse la prohibition qui nous occupe? L'art. 1130 répond à cette question en termes absolus : « *On* ne peut, dit-il, faire aucune stipulation sur une pareille succession... » La prohibition s'adresse donc et aux personnes qui voudraient faire des pactes sur la succession future d'un tiers, et au propriétaire même du patrimoine qui est envisagé comme succession future.

En premier lieu, disons-nous, elle s'adresse à ceux qui voudraient conclure des contrats relativement à la succession d'autrui. Il faut nécessairement qu'il en soit ainsi pour conjurer les dangers que nous avons indiqués. Mais, ce qu'il importe de remarquer, c'est que, sous l'empire de notre législation, il n'est pas permis de faire des pactes sur la succession future d'une tierce personne, même avec l'autorisation de cette dernière : « *même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit* », dit encore l'art. 1130, et cette rigueur est de nouveau affirmée dans l'art. 1600. Par là notre loi actuelle a renchéri sur le droit romain (3), et elle a fait cesser la diversité qui existait sur ce point dans notre ancienne jurisprudence (4).

L'autorisation donnée par la personne dont la succession était en jeu avait paru aux jurisconsultes romains une suffi-

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 132; Lacombe, *Dict. de jur. civ.*, v° *Renonciation*, sect. I.
(2) V. *infra*, n. 281.
(3) L. 15, D., *De pactis*, II, 3; Pothier, *Oblig.*, n. 132.
(4) *Observation de la section de législation du Tribunat*, Fenet, XIII, p. 146; Locré, XII, p. 259, n. 7.

sante garantie de moralité. Il faut d'ailleurs observer qu'en donnant son consentement, le futur *de cujus* n'en conservait pas moins la liberté d'anéantir les effets du pacte en faisant un testament (1).

Pourquoi le Code a-t-il rejeté la possibilité de faire des pactes sur succession future avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit? Afin qu'on ne puisse pas éluder la règle de l'égalité des partages. C'est ce que dit le tribun Mouricault, dans le passage que nous avons cité (2). Si donc le législateur s'est séparé ici du droit romain et de notre ancienne jurisprudence, c'est pour sauvegarder un principe qui assure la ruine des traditions féodales et qui forme une des bases du nouvel état social. Il en résulte évidemment que sa disposition intéresse au plus haut point l'ordre public. Aussi n'est-il pas étonnant qu'en englobant dans une même prohibition et le cas où la personne la plus intéressée consent au pacte, et celui où elle n'y consent pas, il ait attaché ainsi dans ces deux hypothèses à la violation de sa défense la sanction de l'inexistence du contrat.

264. La doctrine et la jurisprudence s'accordent même à reconnaître qu'une personne ne pourrait pas faire un pacte sur sa propre succession. Le Code italien a expressément consacré cette solution (3). Il n'en est pas de même sans doute de notre loi, et, cependant, même sous son empire, la question ne peut pas faire l'objet d'une difficulté. Dans l'hypothèse dont nous parlons, on ne saurait prétendre, il est vrai, qu'il y a spéculation malhonnête, et la participation du principal intéressé à la convention proteste contre l'idée de dangers qui pourraient en résulter pour lui. Mais la possibilité, pour une personne, de contracter sur sa future succession eût ruiné les dispositions fondamentales de notre loi en matière testamentaire. Sur ce point, en effet, le Code civil français a emprunté plusieurs principes essentiels au droit romain. Sauf l'exception relative à l'institution contractuelle, qu'il autorise seulement dans un cas déterminé, il n'admet pas

(1) Saleilles, *Essai d'une théorie gén. de l'Oblig.*, n. 148, p. 152.
(2) V. *supra*, n. 261 *in fine*.
(3) C. civ. ital., art. 1118, al. 2.

qu'on puisse disposer de son hérédité autrement que par testament; il n'admet pas davantage qu'on puisse abdiquer la liberté de tester, ni par suite, la liberté de révoquer son testament. Tout cela était incompatible avec la faculté, pour un Français, de faire des pactes sur sa propre succession [1].

N° 3. Caractères des pactes sur successions futures.

265. A quels caractères reconnaît-on les pactes sur succession?

A notre avis, ces caractères peuvent être ramenés à deux. Pour qu'il y ait pacte prohibé par l'art. 1130, il faut que la chose, objet du contrat, soit la totalité ou une quote-part d'une succession future ou tout au moins quelle soit considérée comme devant former un des éléments d'une succession actuellement non ouverte. Cette première condition est exigée soit qu'il s'agisse d'un pacte fait par une personne sur sa propre succession, soit qu'il s'agisse d'un traité passé sur la succession d'autrui.

Quant à la seconde condition, elle varie suivant qu'on est dans l'une ou dans l'autre de ces deux hypothèses. Pour qu'il y ait pacte sur la succession de l'une des parties, il faut que l'autre soit envisagée par elle comme ayant des droits éventuels à cette hérédité. Pour qu'il y ait pacte sur la succession future d'un tiers, il faut qu'au point de vue juridique le contrat implique essentiellement, de la part du promettant, une prétention héréditaire sur la chose qui est l'objet de son obligation [2].

[1] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 318 et 5e édit., p. 542; Larombière, I, p. 255 *in fine* (art. 1130, n. 8); Demolombe, XXIV, n. 324; Laurent, XVI, n. 84. — Orléans, 24 mai 1849, S., 49. 2. 600, D. P., 49. 2. 165. — Paris, 19 nov. 1852, D. P., 53. 2. 96. — Req., 25 janv. 1853, S., 53. 1. 172, D. P., 53. 1. 43. Civ. cass., 30 juin 1857, S., 59. 1. 836, D. P., 57. 1. 308; 9 mai 1894, S., 94. 1. 336, D. P., 94. 1. 546. — Jugé que la condition imposée par un testateur au légataire universel par lui institué de laisser sa propre succession aux héritiers naturels de ce testateur, doit être considérée comme une stipulation sur succession future et que, par suite, elle est nulle aux termes de l'art. 1130. — Paris, 12 nov. 1858, S., 59. 2. 307, D. P., 59. 2. 304.

[2] L'acte par lequel un mari, du vivant de sa femme, déclare qu'il réduit à un simple usufruit le legs universel en pleine propriété que celle-ci lui a fait et s'engage à remettre à des tiers, après le décès de sa femme, le capital représentant la

La première de ces conditions ne suffirait pas. Je m'engage envers vous à acheter, après le décès d'un collectionneur de tableaux, dans la vente que, selon toute vraisemblance, ses héritiers feront de sa galerie, une certaine toile pour vous la donner. Il n'y a pas là pacte sur une succession future, parce que la promesse que je vous fais n'est pas fondée sur un droit éventuel à l'hérédité dont la chose promise fera partie. Il en serait autrement si je vous promettais de vous donner, après la mort d'un collectionneur de tableaux dont je suis l'unique héritier, une des toiles comprises dans sa galerie, car, ici, évidemment, je prétendrais disposer dès à présent de cette toile à titre successif (1).

266. Il résulte des explications qui précèdent que les conventions suivantes ne sont pas des pactes sur succession future.

L'acte par lequel je dispose entre vifs de tous mes biens présents, en le supposant, bien entendu, exempt de fraude, n'est point interdit par l'art. 1130, car, même si j'aliène en bloc tous mes biens actuels, c'est de mon patrimoine, tel qu'il est composé maintenant, et non pas de ma succession future que je dispose. Dira-t-on que ce contrat me prive de ma liberté de tester et qu'il s'ensuit bien, par conséquent, qu'il porte sur ma succession future? Cette idée serait inexacte. Nonobstant la convention dont nous parlons, ma faculté de tester demeure entière. Cette circonstance que je ne possède plus rien n'implique point la perte de cette faculté : seulement, je n'ai plus d'intérêt à l'exercer (2).

nue propriété des biens légués, constitue un pacte sur succession future, prohibé aux termes des art. 791 et 1130, bien qu'il ait été qualifié de reconnaissance de dette. — Req., 27 janvier 1904, S., 1904, 1. 269; D. P., 1904, 1. 359.

(1) Cpr. Larombière, I, p. 260 s. (art. 1130, n. 14-18); Demolombe, XXIV, n. 325; Laurent, XVI, n. 99. — Civ. cass., 23 janv. 1832, S., 32. 1. 666, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 345. — « Attendu, en droit, que toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte, constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi ». Civ. cass., 9 mai 1894, précité.

(2) Larombière, I, p. 257 (art. 1139, n. 9). — La cour de cassation a également décidé que la convention antérieure à un partage d'ascendant et relative aux biens qui doivent faire l'objet de ce partage ne constitue pas un pacte sur succession future, ces biens étant transmis, non par voie de succession, mais par voie de donation. Civ. rej., 29 janv. 1877, S., 77. 1. 199, D. P., 77. 1. 105. — A plus forte

267. De même, il ne faut pas considérer comme pacte sur succession future, nul à ce titre, une promesse qui ne doit être acquittée qu'à la mort du promettant. De ce que le paiement est ajourné à cette époque, il ne s'ensuit point qu'il y ait convention sur la succession du débiteur (1). Ainsi un père et une mère constituent une dot à leur fille, en convenant avec elle et son futur époux que cette dot ne sera payable qu'au décès du survivant des constituants. Cette convention est valable; elle fait naître une créance à terme, et il a été jugé avec raison que le gendre, en cédant cette créance avant la mort du survivant, ne fait pas un pacte sur la succession future de celui-ci (2). De même la stipulation par laquelle deux époux se portent cautions solidaires d'une dette de leur fils unique, sous cette condition que « le créancier ne pourra exercer les droits que lui confère le cautionnement qu'après le décès des deux époux et sur leurs successions », n'est pas prohibée par l'art. 1130. Elle fait naître simplement une obligation à terme dont l'exigibilité est reportée au décès du dernier mourant des deux époux (3).

L'obligation de payer une certaine somme si l'on décède sans héritier, est certainement valable, bien qu'elle soit subordonnée à une condition qui ne peut se réaliser qu'au décès du promettant (4).

On ne doit pas voir davantage un pacte sur succession future dans la convention par laquelle l'exigibilité d'une dette est retardée jusqu'au décès d'une tierce personne dont le débiteur est l'héritier présomptif. Il en est ainsi, du moins, si le débiteur doit, après le décès de cette personne, demeurer obligé dans tous les cas, par conséquent alors même qu'il

raison en est-il de même d'une convention qui intervient entre les copartageants à la suite et comme conséquence du partage d'ascendant. Serait, par exemple, valable, la cession qu'un des copartageants ferait à un autre d'une part de son lot et du droit à la rescision pour cause de lésion qu'il prétendrait avoir relativement à la donation-partage. Toulouse, 26 juil. 1878, S., 79. 2. 49, D. P., 79. 2. 177.

(1) Demolombe, XXIV, n. 327; Larombière, I, p. 258 (art. 1130, n. 10); Laurent, XVI, n. 101; Planiol, II, 1re édit., n. 1057, 2e et 3e édit., n. 1016.

(2) Civ. rej., 12 août 1846, S., 46. 1. 602, D. P., 46. 1. 296.

(3) Orléans, 15 juin 1861, D. P., 61. 2. 151. — V. aussi Paris, 26 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 54.

(4) Chambéry, 13 décembre 1897, D. P., 1900, 2. 213.

n'hériterait pas ou ne recueillerait rien dans la succession [1].

268. Il résulte des mêmes principes qu'une personne peut, en disposant de sa chose, s'en réserver l'usufruit jusqu'à sa mort. C'est ainsi qu'il est permis à deux époux, en faisant entre leurs enfants le partage anticipé de leurs biens présents, de s'en réserver la jouissance jusqu'au décès du dernier mourant [2].

269. Il est même indifférent, lorsqu'une convention a pour objet des droits qui constituent des biens présents, que ces droits ne puissent être liquidés qu'à la mort du promettant ou d'un tiers. C'est ainsi qu'il est permis à un époux, pendant la durée de la communauté, de céder les droits éventuels qu'il a dans celle-ci [3].

270. Il ne suffit pas davantage, pour qu'une convention ait le caractère de pacte sur une succession future, qu'elle porte sur un droit qui doit s'ouvrir à la mort d'un tiers : un époux renonce, en faveur d'un de ses enfants, à un gain de survie que lui accorde son contrat de mariage et qui consiste simplement en une donation conditionnelle de biens présents [4], ou encore il abandonne ce gain de survie à une personne quelconque moyennant une certaine somme. Le droit dont il dispose ainsi ne peut s'ouvrir qu'au décès de son conjoint ; de plus, c'est dans la succession de ce dernier que se trouvera l'objet de la convention dont il s'agit. Cependant il n'y a pas ici pacte sur une succession future. L'époux qui, dans son contrat de mariage, a stipulé un gain de survie tel que nous venons de le supposer, n'a point acquis par là de droit successif sur l'hérédité de son conjoint. Si celui-ci prédécède,

(1) Req., 15 février 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 355.

(2) Poitiers, 10 juin 1850, S., 51. 2. 609, D. P., 53. 2. 12.

(3) Duvergier, *Vente*, I, n. 232; Troplong, *Vente*, I, n. 250; Larombière, I, p. 259 (art. 1130, n. 12); Laurent, XVI, n. 104.

(4) Il ne faudrait pas donner la même solution si le gain de survie résultait d'une donation universelle ou à titre universel ayant le caractère d'institution contractuelle. Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, II, n. 907; Troplong, *Contr. de mar.*, II, n. 1485, et *Donat.*, n. 2550; Bellot des Minières, *Contr. de mar.*, n. 424-426; Larombière, I, p. 264 (art. 1130, n. 30); Demolombe, XXIII, n. 324. — Req., 10 août 1840, S., 40. 1. 757; 16 août 1841, S., 41. 1. 684. — Orléans, 4 août et 28 déc. 1849, S., 50. 2. 199. — Civ. rej., 11 et 12 janv. 1853, S., 53. 1. 65, D. P., 53. 1. 17 et 21.

l'époux bénéficiaire aura droit au gain de survie en qualité de créancier et non d'héritier, et, par conséquent, en renonçant à cet avantage en faveur d'un de ses enfants ou en l'abandonnant à une autre personne moyennant une certaine somme, il ne traite pas sur une succession non ouverte (1).

271. Une personne donne un immeuble à un de ses enfants, en dispensant celui-ci de faire le rapport en nature du bien donné, mais en lui imposant le rapport en moins prenant d'une somme fixée à forfait. Faut-il voir là un pacte sur succession future? La négative ne nous paraît pas contestable. Le donateur peut dispenser le donataire du rapport. Il doit pouvoir aussi déterminer de quelle façon le rapport sera effectué. En réalité même, si, dans notre hypothèse, la somme que l'héritier doit rapporter est à peu près égale à la valeur de l'immeuble donné, il y a vente, mais avec cette particularité que le prix sera exigible au décès du vendeur et devra être rapporté en moins prenant. Mais, de toute façon, l'al. 2 de l'art. 1130 est inapplicable (2).

272. Dans le cas où la loi autorise les substitutions, l'appelé peut-il, du vivant du grevé ou, plus généralement, avant que la substitution soit ouverte, disposer de son droit? Ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette question à fond; aussi n'en parlerons-nous que sommairement. La situation de l'appelé présente sans doute de l'analogie avec celle de l'héritier présomptif. Mais il ne faut point l'assimiler à cette dernière. L'appelé n'a pas seulement une espérance; il a d'ores et déjà un droit conditionnel; c'est si vrai que, de l'avis de tous les auteurs, il peut, à la différence de l'héritier présomptif, faire des actes conservatoires. L'art. 1130 ne lui est donc pas applicable, et, par suite, il faut admettre que rien ne l'empêche de disposer de son droit (3).

(1) Duvergier, *Vente*, I, n. 232; Benech, *Quot. disp. entre époux*, p. 448 s.; Larombière, I, p. 263 (art. 1130, n. 18); Laurent, XVI, n. 104. — Req., 22 fév. 1831, S., 31. 1. 107. — Agen, 12 mai 1848, S., 48. 2. 301, D. P., 48. 2. 188. — Req. 16 juil. 1849, S., 50. 1. 380, D. P., 49. 1. 304.

(2) Riom, 9 déc. 1890, D. P., 92. 2. 237.

(3) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 353; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, I, n. 3408. — *Contra* Colmet de Santerre, IV, n. 211 *bis*-III; Demolombe, XXII, n. 599.

273. Mais il ne faut pas, en sens inverse, restreindre arbitrairement le domaine de la prohibition que nous étudions. C'est ainsi qu'elle s'applique aussi bien aux successions testamentaires qu'aux successions *ab intestat*. Serait, par exemple, dépourvue de toute existence légale la convention par laquelle des enfants s'engageraient à ne jamais se plaindre des dispositions testamentaires que leur père ferait en faveur de personnes étrangères (1). De même tomberait sous le coup de la prohibition formulée dans l'art. 1130 tout pacte par lequel des successibles s'engageraient réciproquement à considérer comme non avenu le testament par lequel l'auteur commun, actuellement existant, assignerait à l'un d'eux, dans sa succession, une part inférieure à celle des autres (2).

274. De plus, l'art. 1130 proscrit les pactes successoires alors même qu'ils portent, non pas sur l'universalité, mais sur une quote-part ou seulement sur des objets particuliers d'une succession. Dira-t-on que l'art. 1130 ne prohibe que les conventions faites sur *une* succession future, c'est-à-dire sur l'ensemble d'une pareille succession, et que, par suite, il laisse le champ libre à celles qui sont relatives à une quotité ou aux éléments d'une succession envisagés individuellement? L'objection serait misérable. Les raisons de décider sont les mêmes dans tous les cas. Puis, comment le législateur n'aurait-il pas vu que, par une série de pactes portant sur les divers éléments d'une hérédité future, on arriverait facilement au même résultat qu'en faisant une convention unique sur la totalité de cette succession? Enfin, si l'art. 1130 n'était pas clair par lui-même, il suffirait de le rapprocher de l'art. 791 pour en déterminer toute la portée. Ce dernier texte, en effet, interdit l'*aliénation des droits éventuels qu'on peut avoir à une succession future*. Il est évident que ces expressions ne visent pas simplement l'aliénation de l'ensemble d'une pareille hérédité (3)!

(1) Req., 27 juin 1838, S., 38. 1. 721, D. *Rép. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 178-4°. — *Sic* Laurent, XVI, n. 88.

(2) Req., 13 mai 1884, S., 84. 1. 336, D. P., 84. 1. 468. — V. une autre application intéressante dans Paris, 27 nov. 1877, D. P., 78. 2. 188.

(3) Troplong, *Vente*, I, n. 246; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 317, 5e édit., p. 542;

275. La prohibition des pactes sur succession future ne cesse pas lorsque les successions dont il s'agit sont indéterminées. Le droit romain se prononçait pour la solution contraire, au moins à l'égard des sociétés qui avaient pour objet des successions non ouvertes (1). Mais l'art. 1130 proscrit les pactes successoires, sans distinguer entre les successions déterminées et les successions indéterminées. *Adde* arg. art. 1837. Donc, chez nous, les unes et les autres ne peuvent pas, tant qu'elles ne sont pas ouvertes, être l'objet de conventions (2). Cette solution nous paraît bien préférable à celle du droit romain. Très ordinairement, cette circonstance que les parties n'ont pas spécifié, dans la convention, sur quelle succession elle portait, ne lui enlève pas son caractère d'immoralité et n'empêche pas les dangers redoutés par le législateur. Si, par exemple, un fils de famille, dont les parents vivent encore, vend à forfait, sans les préciser aucunement, les successions qui s'ouvriront à son profit, les contractants auront évidemment en vue les successions du père et de la mère du vendeur, bien qu'elles n'aient pas été désignées dans la convention. Nous n'hésitons pas à dire qu'en pratique, si le législateur avait permis les pactes sur les successions futures indéterminées, la prohibition de l'art. 1130 n'aurait trouvé que de bien rares applications.

Il s'ensuit que, même en ce qui concerne ces hérédités, l'interdiction des pactes sur succession future s'explique par les motifs traditionnels. Larombière a donc tort, selon nous, de dire que l'extension, par le législateur, de la prohibition aux successions indéterminées prouve qu'il a voulu avant tout, en édictant cette prohibition, prévenir les conséquences lésionnaires que les pactes sur succession future auraient eues pour les héritiers éventuels (3).

276. Une personne promet de consentir un bail d'immeubles

Demolombe, XXIV, n. 325; Larombière, I, p. 259 (art. 1130, n. 13); Laurent, XVI, n. 85. — Civ. rej., 11 nov. 1845, S., 45. 1. 785, D. P., 46. 1. 25. — Trib. civ. Le Mans, 30 mai 1865, joint à Angers, 7 mars 1866, D. P., 66. 2. 93.

(1) L. 3, § 2, D., *Pro socio*, XVII, 2. — Rapp. Cujas, *Recit solemn. in Dig.* tit. 1, lib. 19. — Godefroy, note sur la loi 3, *Pro socio*.

(2) Larombière, I, p. 254 (art. 1130, n. 7); Bufnoir, *op. cit.*, p. 522.

(3) *Loc. cit.*

compris dans la succession d'un tiers dont elle est l'héritier présomptif; cette promesse ne peut avoir aucun effet, car elle constitue un pacte sur succession future. Un bail, sans doute, est un acte d'administration, et non pas un acte de disposition. Mais, dans notre hypothèse, ce caractère du bail est indifférent. Les termes du second alinéa de l'art. 1130 sont absolus, la prohibition comprend donc les actes des deux catégories (1).

277. Lorsqu'on a contracté en même temps sur une succession ouverte et sur une succession future, le pacte est-il divisible en ce sens qu'il se forme quant à la première de ces deux successions, et non quant à la seconde, ou, au contraire, est-il inexistant pour le tout? On a soutenu que de pareilles conventions ne pouvaient pas naître pour partie, et que, par suite, elles ne devaient produire aucun effet, même relativement à la succession ouverte. Cette opinion manque de base juridique. S'il s'agissait d'une vente portant sur deux hérédités dont l'une serait ouverte, et l'autre future, les juges pourraient, par interprétation de la volonté des parties, conformément à l'art. 1636, accorder ou refuser la résiliation de cette vente en tant qu'elle porterait sur la succession ouverte. Mais cette solution même suppose que le contrat a pu se former quant à cette dernière succession. Ce qui nous paraît certain, c'est qu'on ne peut pas poser en principe l'indivisibilité de la convention faite sur les deux hérédités, que cette convention soit une vente ou un autre contrat (2). S'il s'agit d'une vente et qu'elle renferme stipulation de deux prix dis-

(1) *Sic* Laurent, XVI, n. 93. — Cpr. Amiens, 26 déc. 1839, S., 41. 2. 178, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 440-4°.

(2) *Sic* Duvergier, *Vente*, I, n. 231; Demolombe, XXIV, n. 329; Laurent, XVI, n. 86. — Req., 9 fév. 1830, D., *Rép. alph.*, v° *Transact.*, n. 162. — Trib. civ. de Bastia, 26 mai 1836, S., 43. 1. 33. — *Contra* Troplong, *Vente*, I, n. 251. — Riom, 13 déc. 1828; Limoges, 13 fév. 1828, D. P., 29. 2. 61. — Montpellier, 4 août 1832, S., 32. 2. 481, D., *Rép. alph.*, v° *Succession*, n. 615. — Toulouse, 27 août 1833, S., 34. 2. 97, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 454-1°. — Limoges, 6 avril 1838, S., 38. 2. 501. — Liège, 3 juin 1840, *Pasicr.*, 40. 2. 149. — Req., 14 nov. 1843, S., 44. 1. 229, D., *op. cit.*, v° *Dispositions*, n. 1684-6°. — Liège, 3 août 1852, *Pasicr.*, 52. 2. 345. — Cpr. Grenoble, 8 août 1832, S., 33. 2. 176, D. *Rép. alph.*, v° *Succession*, n. 616. — D'après cette dernière décision, le pacte est valable pour partie, s'il est possible de diviser la convention.

tincts, s'appliquant chacun à l'une des successions, la justesse de notre solution est évidente. Alors même que, dans une vente de cette nature, il y aurait fixation d'un prix unique, il faudrait encore se prononcer pour cette solution, l'unité du prix n'impliquant pas l'indivisibilité de l'opération. D'ailleurs les conséquences que notre système aura en fait, n'ont rien qui le rende inadmissible. Ici nous devons prévoir deux hypothèses. Si le débiteur du prix unique se déclare prêt à le payer intégralement pourvu que le contrat reçoive son effet sur la succession ouverte, il n'y a pas, croyons-nous, matière à hésitation : le contrat devra être exécuté relativement à cette hérédité (1). Si le débiteur du prix ne fait pas cette déclaration, il faudra procéder à une ventilation pour déterminer quelle est la part du prix qui se rapporte à la succession ouverte. Cette opération pourra sans doute, en pratique, être plus ou moins difficile. Mais ce n'est pas là une raison pour considérer la convention comme indivisible (2).

278. Les traités conclus sur la succession d'un absent échappent-ils à la prohibition des pactes sur succession future? La négative nous paraît certaine. Ces traités ne seraient licites que s'il existait une présomption légale de la mort de l'absent. Or le Code n'établit une pareille présomption pour aucune des périodes de l'absence. Il est évident que plus il s'est écoulé de temps depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, et plus les probabilités sont grandes dans le sens de son décès, et c'est ainsi qu'on peut dire, en employant l'expression dans son sens courant, qu'avec le temps les *présomptions* de mort deviennent de plus en plus fortes. La loi elle-même tient compte de ce fait lorsque, après

(1) *Sic* Larombière, I, p. 275 (art. 1130, n. 32); Demolombe, *ibib.;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 318, 5e édit., p. 542; Laurent, même numéro, p. 120. — Req., 17 janv. 1837, S., 37. 1. 247, D., *Rép. alph.*, vo *Succession*, n. 616-1o. — *Contra* Metz, 14 juil. 1825, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 453.

(2) *Sic* Laurent, *loc. cit.* — Certaines décisions admettent qu'en fait la ventilation peut être impossible et qu'alors le pacte ne peut pas valoir pour partie. — Voyez dans ce sens, Req., 14 nov. 1843, S., 44. 1. 229; D., *Rép. alph.*, vo *Dispositions*, n. 1684-6o. — Orléans, 24 mai 1849, S., 49. 2. 600, D. P., 49. 2. 165. — Cette idée est inexacte. La ventilation pourra quelquefois présenter en fait de grandes difficultés, mais, à proprement parler, elle ne sera jamais impossible.

un certain temps, elle permet de demander l'envoi en possession provisoire, et, après un temps plus considérable, l'envoi en possession définitif. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle ne présume pas la mort de l'absent sur le fondement de ces probabilités. Il n'y a pas présomption dans le sens de l'art. 1349 (1).

Sur cette question, la doctrine est très divisée. Quant à la jurisprudence, elle est si flottante que nous n'essaierons même pas de dégager de ses décisions l'indication d'un système. Nous nous bornerons à signaler en note, sous chacune des opinions qui se sont fait jour en théorie, les arrêts dont la solution s'en rapproche le plus.

Parmi les auteurs, certains proposent une distinction entre les pactes antérieurs et les pactes postérieurs à la déclaration d'absence. Les parties ne pourraient demander la nullité des uns ou des autres qu'en justifiant de l'existence de l'absent au moment où ils ont été conclus. Mais les conventions passées avant la déclaration d'absence ne pourraient pas servir de fondement à des actions exercées contre des tiers, alors même que l'absence aurait été déclarée plus tard, tandis qu'il en serait autrement des conventions faites depuis la déclaration d'absence (2).

D'après un autre auteur, les pactes sur la succession d'un absent ne sont licites que lorsqu'ils sont postérieurs à l'envoi en possession définitif (3). Tout cela est arbitraire et ne peut se concilier avec les principes que nous avons rappelés. Il n'existe point de disposition legale qui attache une présomp-

(1) *Sic* Laurent, II, n. 122, et XVI, n. 97; Prost de Royer, v° *Absence*, p. 115.— Cpr. Civ. cass., 21 déc. 1841, S., 42. 1. 167, D., *Rép. alph.*, v° *Absence*, n. 467.

(2) *Sic* Merlin, *Quest.*, v° *Vente*, § 12; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 318-319, texte et notes 20 à 22, 5e édit., p. 543-544, texte et notes 20 à 22; Demolombe, II, n. 130-131.— Cpr. Req., 3 août 1829, S. chr., IX. 1. 341, D., *Rép. alph.*, v° *Absence*, n. 463; 17 janv. 1843, S., 43. 1. 146, D., *Rép. alph.*, v° *Absence*, n. 468; 14 août 1871, S., 71. 1. 101, D. P., 71. 1. 193. — Voyez aussi Req., 4 déc. 1822, D., *op. et* v° *cit.*, n. 464. — Civ. rej., 30 août 1826, S. chr., VIII. 1. 424. — D'après un arrêt de la cour de Bordeaux, du 21 juin 1838, cassé par l'arrêt du 21 déc. 1841, précité, les pactes sur la succession d'un absent ne pourraient même pas être annulés quand ils ont été conclus avant la déclaration d'absence, S., 38. 2. 413.

(3) *Sic* Larombière, I, p. 367 (art. 1130, n. 23).

tion de décès soit à la déclaration d'absence, soit même à l'envoi en possession définitif.

279. Les personnes à qui la loi reconnaît un droit de retour successoral dans les art. 351-352, 747 et 766, peuvent-elles conclure des conventions sur les biens qui doivent leur faire retour en vertu des dispositions de ces articles? Cette question revient à celle-ci. Le retour successoral a-t-il lieu à titre héréditaire? L'affirmative ne fait aucun doute; aussi peut-on s'étonner que la question ait été débattue. Le droit de retour légal est un droit successif. Les biens sur lesquels ce droit s'exerce forment une succession particulière, une succession anomale, suivant l'expression consacrée. Il ne faut donc pas hésiter à décider que les traités dont ce droit est l'objet avant d'avoir produit son effet, sont des pactes sur succession future et qu'ils doivent, comme tels, être tenus pour inexistants. L'ascendant donateur ne pourrait donc pas, notamment, renoncer d'avance à son droit de retour légal (1).

280. Nous reconnaîtrons, au contraire, la validité des conventions relatives à un droit de retour conventionnel, et nous déciderons, par exemple, que le donateur qui a stipulé à son profit un droit de cette nature, peut y renoncer valablement (2). C'est qu'en effet le retour conventionnel, bien qu'il soit subordonné au prédécès du donataire ou de ses descendants, est fondé, comme son nom l'indique, sur une convention, et non sur une vocation héréditaire. Au surplus, ce prédécès constituant la condition dont la réalisation donne lieu au retour conventionnel, l'événement qui entraîne l'ouverture de la succession du donataire ou de ses descendants fait aussi sortir de leur patrimoine les biens donnés, de sorte que ceux-ci ne se trouvent pas compris dans leur succession.

(1) *Sic* Chabot, art. 747, n. 8; Troplong, *Vente*, n. 250; Larombière, I, p. 264 (art. 1130, n. 19); Demolombe, XIII, n. 482; Huc, V, n. 88; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des success.*, I, 1re édit., n. 512, 2e édit., n. 679. — Rennes, 29 août 1870, D. P., 73. 2. 192. — Angers, 18 déc. 1878, S., 79. 2. 322, D. P., 79. 2. 172. — Civ. cass., 24 juillet 1901, S., 1901. 1. 433, D. P., 1901. 1. 537, et, sur nouveau pourvoi, Ch. réun., 2 juillet 1903, S., 1904. 1. 65, D. P., 1903. 1. 553.

(2) Zachariæ, V, p. 314, et VII, p. 373; Larombière, *loc. cit.* — Civ. cass., 19 janv. 1836, S., 36. 1. 318.

N° 4. Exceptions à la prohibition.

281. Exceptionnellement la loi autorise dans certains cas des pactes sur une succession future. Les exceptions auxquelles nous faisons allusion sont contenues dans les art. 918 *in fine*, 1075 s., 1082 s. et 1093 (1). Dans les cas prévus par ces articles, il existait de graves raisons pour déroger à la règle que nous venons d'étudier. L'exception écrite dans l'art. 918 *in fine* a été admise pour permettre de constater le véritable caractère de certains contrats intervenus entre une personne et ses successibles en ligne directe; celle des art. 1075 s., pour prévenir les contestations auxquelles donnent lieu trop souvent les partages entre frères et sœurs. Enfin celles des art. 1082 s. et 1093 ont été introduites en faveur du mariage et, par conséquent, à un point de vue qui intéresse éminemment la société (2).

Mais les dispositions de ces divers articles, comme toutes celles qui présentent le caractère d'exception, ne sauraient être étendues par analogie à des cas non prévus par la loi.

Voici une application de cette idée :

L'institution contractuelle est autorisée dans les contrats de mariage. Art. 1082 s. Mais la personne régulièrement instituée ne peut pas, du vivant de l'instituant, disposer des biens compris dans l'institution. Il lui est même interdit de renoncer à l'institution en faveur de l'instituant. Une pareille convention mérite d'être critiquée, non seulement parce qu'elle viole le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais aussi parce que la succession dont l'institué dispose n'est pas encore ouverte. Cette renonciation tend, il est vrai, à anéantir le pacte sur succession future qui, par

(1) Antérieurement à la loi du 25 mars 1896, on trouvait une autre exception dans l'art. 761.

(2) Il faut voir une institution contractuelle dans la stipulation d'un contrat de mariage par laquelle les époux conviennent que l'un d'eux, en cas de prédécès de l'autre sans enfants, ne sera tenu de donner qu'une certaine somme aux héritiers collatéraux du prédécédé pour leurs droits dans la succession de celui-ci. Cette stipulation échappe, en conséquence, à la prohibition des pactes successoires. — Req., 29 juin 1842, S., 42. 1. 693; D., *Rép. alph.*, v° *Disp. entre vifs et test.*, n. 1986. — En principe, nous l'avons dit, cette prohibition s'applique même en matière de contrats de mariage. Arg. art. 791 et 1389.

exception, a pu être valablement fait. Mais elle n'en est pas moins un nouveau pacte sur succession future, et celui-ci n'a pas été, de la part du législateur, l'objet d'une exception à sa prohibition générale (1). Aussi faut-il déclarer une pareille renonciation non avenue, même si elle intervient pour rendre efficace une autre institution contractuelle faite par l'instituant au profit d'un enfant commun (2).

III. *La chose doit être déterminée ou déterminable.*

282. La chose qui forme l'objet de l'obligation doit être déterminée ou déterminable. On lit à ce sujet dans l'art. **1129** : « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au* » *moins déterminée quant à son espèce. — La quotité de la* » *chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déter-* » *minée* ».

Ce texte n'est qu'un développement de l'art. **1108**, al. 4, qui exige que l'obligation ait un *objet certain*. L'objet est *certain* quand la convention le détermine d'une manière suffisante pour que le débiteur soit lié sérieusement.

Si le lien de l'obligation est tellement élastique que le débiteur puisse se libérer en faisant une prestation dérisoire, c'est-à-dire une prestation nullement onéreuse pour lui et

(1) Grenier, *Donat.*, II, n. 416; Delvincourt, II, p. 423; Toullier, XII, n. 16; Vazeilles, *Donat.*, art. 1083, n. 7; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Instit. contr.*, n. 83; Bonnet, *Disp. par contr. de mar.*, II, n. 421 s.; Saintespès-Lescot, *Donat.*, V, n. 1894; Troplong, *Donat.*, IV, n. 2355; Massé et Vergé, III, § 517, n. 29; Colmet de Santerre, IV, n. 256 *bis*-III; Aubry et Rau, VIII, p. 78, note 58; Larombière, I, p. 280 (art. 1130, n. 37 *in fine*); Demolombe, n. 324; Laurent, XV, n. 225; Thiry, II, n. 527, p. 518. — Lyon, 16 janv. 1838, S., 38. 2. 453. — Civ., 16 août 1841, S., 41. 1. 684; D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 447. — Toulouse, 15 avril 1842, S., 42. 2. 385. — Cpr. Gand, 25 juil. 1853, *Pasicr.*, 54. 2. 121. — Bruxelles, 10 juil. 1867, *Pasicr.*, 67. 2. 320. — Cette solution paraît avoir été unanimement admise dans notre ancien droit. V. Lebrun, *Succcess.*, liv. III, ch. II, n. 27; Serres, *Inst. du dr. fr.*, liv. II, tit. XIV, n. 256; Chabrol, *Cout. d'Auvergne*, II, p. 354; Louet et Brodeau, lettre C, ch. XXVIII; Maynard, liv. III, ch. IX; Rousseau de La Combe, *Jur. civ.*, v° *Institution*, sect. 2, n. 10.

(2) V. dans ce sens, Agen, 17 déc. 1856, S., 57. 2. 1. — Caen, 23 mai 1861, S., 62. 2. 497. — Agen, 12 déc. 1866, S., 68. 2. 37, D. P., 67. 2. 17; 13 juil. 1868, S., 68. 2. 316. — Chambéry, 23 juil. 1873, S., 74. 2. 13. — Montpellier, 12 août 1874, S., 76. 2. 239. — Mais, en sens contraire, Besançon, 25 juin 1866 (sol. impl.), S., 66. 2. 352, D. P., 66. 2. 143.

sans utilité pour le créancier, l'obligation sera nulle. Il en serait ainsi dans deux cas : 1° si l'objet de l'obligation n'était déterminé que quant à son genre, par exemple si le débiteur s'est obligé à livrer *un animal,* sans dire de quelle espèce ; car le débiteur pourrait, sans sortir des termes de la convention, livrer au créancier un animal de nulle valeur ou même un animal nuisible ; 2° si, la chose objet de l'obligation étant de celles qui ne peuvent être utiles qu'à la condition d'être prestées en certaine quantité, le contrat ne contenait aucune base pour déterminer la quantité à livrer, par exemple si le débiteur a promis *du blé* ou *du vin,* sans dire combien ; car il pourrait alors, toujours en restant dans les termes de la convention, s'acquitter en livrant quelques grains de blé ou quelques gouttes de vin, c'est-à-dire en faisant une prestation dérisoire (1).

283. Lorsque la chose qui fait l'objet de l'obligation n'est pas fongible, elle est forcément déterminée quant à son individualité (2). C'est ce qui arrive si je m'oblige à livrer la pendule Louis XVI qui est sur la cheminée de mon cabinet de travail, l'anneau que je porte au doigt, la barrique de vin qui est dans ma cave. Dans ces divers cas, l'objet de l'obligation est un *corps certain.*

Mais, lorsque la chose qui forme la matière de l'obligation est fongible, sa détermination est nécessairement moins précise. Dans cette dernière hypothèse, les contractants indiquent, non plus une chose individuelle, mais une espèce, et il faut en outre qu'au moment du contrat, la quantité promise soit déterminée ou au moins déterminable.

Lorsque la chose est fongible, disons-nous, elle est déterminée, non pas quant à l'individu, mais quant à l'espèce.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 131 (édit. Dupin, I, p. 67).

(2) Mais ce n'est pas à dire qu'il ne sera pas quelquefois indispensable, lorsque l'objet de l'obligation est un corps certain, de procéder à des recherches plus ou moins longues, à des opérations plus ou moins compliquées pour reconnaître son individualité. Montpellier, 13 fév. 1828, D. P., 28. 2. 232. — Req., 6 juil. 1831, S., 31. 1. 375, D. P., 31. 1. 246. — Tel serait le cas, si, possédant un domaine contigu au vôtre, je vous vendais la partie du mien que des experts jugeront nécessaire d'annexer au vôtre pour vous permettre d'exercer sur celui-ci une certaine industrie.

Ainsi je puis valablement m'obliger à donner *un cheval,* sans dire lequel. Ici l'objet de l'obligation n'est pas seulement déterminé quant à son *genre,* comme il arriverait si j'avais dit *un animal,* mais aussi « quant à son *espèce* ». L'espèce n'est pas autre chose qu'une limitation du genre; mais la limitation doit être assez précise pour que le lien de l'obligation soit sérieux; elle ne présenterait pas ce caractère, si l'on avait dit un *quadrupède* ou un *mammifère.* De même, je puis valablement m'obliger à donner une pendule, un fusil. Il est vrai qu'il peut y avoir un écart considérable entre la valeur du meilleur et du plus mauvais cheval, d'une riche pendule et d'une modeste, d'un fusil fin et d'un fusil de pacotille..... Mais l'intention des parties, révélée par les termes de l'acte et à défaut par les circonstances, permettra presque toujours de circonscrire l'obligation du débiteur dans un cercle assez étroit. Par exemple, si c'est une compagnie d'*omnibus* qui achète un certain nombre de chevaux, sans préciser autrement, la nature même du service auquel sont destinés ces animaux permettra de déterminer à très peu de chose près les conditions auxquelles ils doivent satisfaire, et précisera, par conséquent, l'obligation du vendeur qui connaissait leur destination.

284. Nous avons ajouté que, si la chose, objet de l'obligation, est fongible, elle doit être déterminée ou au moins déterminable en ce qui concerne la quantité. Il n'est pas besoin qu'au moment du contrat la quantité, ou, comme dit la loi, la *quotité* soit numériquement précisée [1]. Il suffit que la convention contienne des éléments qui permettront d'arriver ultérieurement à une précision assez complète. Ainsi je puis valablement m'obliger à vous fournir le foin nécessaire à la nourriture de votre cheval ou le charbon nécessaire à la consommation de votre usine pendant une année. Ici la quotité à prester n'est pas indiquée numériquement par le contrat, mais il fournit un élément certain pour cette détermination : on sait à peu près quelle est la quantité de foin qu'il faut pour la nourriture d'un cheval pendant une année, et on peut

[1]) Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 131 *in fine.*

savoir approximativement ce que votre usine consomme de combustible pendant le même temps [1].

Bien plus! le contrat est valable quoiqu'il ne détermine à aucun degré la quotité et qu'il soit même muet quant à elle, si les circonstances ou les usages relatifs aux contrats de cette nature permettent de la préciser sans que les parties aient à conclure sur ce point une autre convention [2]. L'art. **1129** exige en effet simplement que la quotité *puisse être déterminée*. C'est ainsi que l'engagement pris par le père d'un enfant naturel envers la mère de celui-ci de pourvoir à l'éducation et à l'entretien de cet enfant et de lui payer un capital à une certaine époque est valable, bien que le chiffre de la subvention ne soit pas précisé. En pareil cas, le juge a le pouvoir de déterminer le montant, le point de départ et la durée de la pension annuelle, ainsi que l'importance du capital promis [3].

285. Que faut-il décider lorsque, des deux choses sur lesquelles porte une obligation alternative, l'une est déterminée, tandis que l'autre n'est même pas susceptible de l'être, ce qui arrivera, par exemple si vous me promettez ou votre cheval Gladiateur ou du vin? Dans ce cas, l'obligation ne sera pas inexistante faute d'objet. Seulement elle aura le caractère d'obligation pure et simple; en d'autres termes, la modalité de l'alternative n'existera pas. Arg. art. **1192**. Mais il appartiendra au juge de décider si vraiment, d'après l'intention des parties, la chose non déterminée ne peut pas l'être, et si,

(1) Cpr. Req., 2 juin 1856, D. P., 56. 1. 457. — Trib. com. de Saint-Etienne, 14 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 775. — Trib. com. de la Seine, 24 février 1902, *Droit*, 8 mai 1902.

(2) Cette condition, que sous-entend notre art. 1129, est exprimée en ces termes dans l'art. 1273 du Code civil espagnol. « Le fait que la quantité est indéterminée ne sera pas un obstacle à l'existence du contrat *toutes les fois qu'il sera possible de la déterminer sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord entre les parties* ». Cette idée est tout aussi exacte sous l'empire de notre code.

(3) Orléans, 2 mars 1881, D. P., 82. 2. 144. — Pour d'autres applications du même principe, voyez Bruxelles, 20 nov. 1830, *Pasicr. belge*, 1830, p. 215. — Metz, 28 mars 1833, S., 35. 2. 49, D. P., 34. 2. 215. — Req., 16 juin 1846, S., 46. 2. 440, D. P., 46. 1. 284. — Paris, 28 déc. 1853, D. P., 54. 2. 156, P., 54. 1. 87. — Civ. rej., 10 janv. 1870, S., 70. 1. 157, D. P., 70. 1. 60. — Trib. de Blaye, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 89. 2. 74. — Trib. Seine, 2 mai 1892, *Loi*, 3 mai 1892. — Trib. Toulon, 15 juin 1892, *Loi*, 29 juil. 1892.

par exemple, dans l'espèce que nous avons supposée, vous n'avez pas entendu, en me promettant ou votre cheval Gladiateur ou du vin, me promettre soit ce cheval, soit du vin jusqu'à concurrence de sa valeur [1].

286. Aux termes de l'art. **1127** : « *Le simple usage ou la » simple possession d'une chose peut être, comme la chose » même, l'objet d'un contrat* ».

La loi oppose ici les contrats qui ont pour objet le simple *usage* ou la simple *possession* d'une chose à ceux qui ont pour objet la chose même, c'est-à-dire la *propriété* de la chose. — Comme exemples de contrats ayant pour objet l'usage d'une chose, on peut citer le louage et le prêt à usage ou commodat : le locataire et l'emprunteur à usage n'acquièrent que le droit de se servir de la chose louée ou empruntée, le premier moyennant un prix, le second gratuitement. — Le gage nous offre l'exemple d'un contrat ayant pour objet la *simple possession* d'une chose : le créancier gagiste n'acquiert pas le droit de se servir de la chose donnée en gage, mais seulement celui de la posséder jusqu'au paiement de la dette. Ce paiement une fois effectué, il doit la restituer. Si le débiteur ne paie pas à l'échéance, alors le créancier a le droit de faire vendre la chose et de se payer par privilège sur le prix. — Enfin la vente, l'échange et la donation sont des contrats ayant pour objet la propriété d'une chose : ils ont pour but de transférer la propriété ou un démembrement du droit de propriété.

§ II. *L'obligation a pour objet un fait.*

287. L'obligation peut astreindre le débiteur à faire ou à ne pas faire quelque chose. Ainsi je puis m'obliger à construire une maison, à peindre un tableau, à jouer sur un théâtre... (obligation de faire), ou à ne pas planter sur mon terrain, à ne pas bâtir, afin de laisser à votre maison une vue libre sur la campagne... (obligation de ne pas faire) ; je promets dans le premier cas un fait, dans le second une abstention.

[1] Larombière, I, p. 244 (art. 1129, n. 7).

288. Le fait positif ou négatif qui forme l'objet de l'obligation doit être : 1° possible; 2° licite ; 3° utile au créancier (1).

289. 1° La promesse d'un fait impossible n'oblige pas le débiteur : ce qui toutefois ne doit s'entendre que d'une impossibilité absolue, c'est-à-dire d'une impossibilité existant pour tout le monde, et non d'une impossibilité relative au débiteur. Ainsi la promesse de construire une machine obligerait celui qui l'a faite, alors même qu'il ne possèderait pas les notions les plus élémentaires de l'art mécanique; l'inexécution de cette promesse le rendrait donc passible de dommages-intérêts ; car on peut lui reprocher d'avoir pris à la légère un engagement au-dessus de ses forces (2).

Le promettant, même quand l'impossibilité ne tient pas à son incapacité, est passible de dommages-intérêts si, au moment où il a promis le fait, il a connu l'impossibilité ou ne l'a ignorée que par sa négligence. Mais il n'encourrait pas de responsabilité si, de son côté, le stipulant avait su ou dû savoir que le fait promis était impossible. Ces deux propositions, qui figurent dans le Code civil allemand, sont fondées sur les principes généraux du droit (3). Aussi n'hésitons-nous pas à les admettre sous l'empire de notre législation, bien qu'elle soit muette à leur égard.

Dirons-nous avec le même code que, lorsque le promettant est responsable pour avoir traité nonobstant la connaissance qu'il avait de l'impossibilité, il ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts supérieurs à ceux dont il aurait été tenu si, le contrat s'étant formé, il ne l'avait pas exécuté (4)? Ici encore, le silence de notre loi ne nous paraît pas faire obstacle à cette solution, car la quotité des dommages-intérêts se calcule d'après l'importance du dommage subi; or nous ne voyons pas comment le préjudice causé par la non formation d'un contrat pourrait excéder celui qui serait résulté de l'inexécution de ce contrat, s'il avait été formé.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 136-138 (édit. Dupin, I, p. 70-71).

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 136; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, XII, p. 325, n. 26; Fenet, XIII, p. 228. — C'était déjà la décision du droit romain, L. 137. §§ 4 et 5, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(3) V. l'art. 307 de ce code.

(4) Même disposition, al. 1 *in fine*.

290. Lorsque la prestation promise n'est impossible qu'en partie, la question de savoir si le contrat a néanmoins pris naissance doit être résolue par interprétation de la volonté des contractants, d'après les circonstances de la cause. En effet ce cas est analogue à celui où l'objet du contrat est une chose dont partie n'existe plus au moment de la convention.

291. Lorsque l'impossibilité d'accomplir le fait promis est purement temporaire, en ce sens qu'il viendra nécessairement un jour où elle disparaîtra, ici encore les tribunaux ont un plein pouvoir d'appréciation quant au point de savoir si, étant donnée l'intention que les parties avaient en traitant, le contrat s'est formé. Mais, dans le cas de l'affirmative, l'obligation engendrée par le contrat est affectée d'un terme. On voit donc que l'impossibilité temporaire d'accomplir le fait promis ne fait pas nécessairement obstacle à la formation du contrat (1).

Il en est de même lorsque l'impossibilité est de telle nature qu'elle sera supprimée si certains événements se produisent; mais, dans ce cas, si le contrat prend naissance, l'obligation d'accomplir le fait promis est conditionnelle (2).

292. 2° La promesse d'un fait *illicite*, c'est-à-dire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne saurait engendrer aucune obligation, parce que de semblables faits sont légalement ou moralement impossibles pour un honnête homme (3).

Il n'est pas besoin d'ailleurs de faire intervenir l'idée de cause illicite et d'invoquer l'art. **1131** pour admettre que l'obligation à laquelle on a voulu donner pour objet un fait illicite est inexistante et non pas simplement annulable. Ainsi que nous l'avons fait remarquer, le législateur, dans les art. **1126** et **1128**, emploie le mot *choses* dans son sens le plus large et, par conséquent, comme comprenant aussi bien les faits que les choses proprement dites. Or, dans l'art. **1128**, il dit que les seules choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de conventions. Les faits illicites ne sont évidemment pas dans le commerce. Ils ne peuvent donc pas

(1) *Sic* Demolombe, XXIV, n. 319; Larombière, I, p. 205 (art. 1128, n. 5). — Besançon, 25 mars 1828, D. P., 28. 2. 210, S. chr., IX, 2. 61.

(2) V. Saleilles, *Théor. gén. de l'oblig.*, n. 146.

(3) L. 15, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

être la matière d'une convention. Une obligation à qui les parties ont voulu donner pour objet un fait de cette nature, n'a donc pas d'objet. Cela suffit pour qu'on doive reconnaître l'inexistence d'une pareille obligation, car on ne peut même pas concevoir d'obligation sans objet.

293. 3° Enfin, il faut que le stipulant ait un intérêt à l'accomplissement du fait et que cet intérêt soit appréciable en argent. A défaut de cette condition, le débiteur aurait pu contrevenir impunément à sa promesse, puisque l'inexécution de celle-ci n'aurait pas pu donner lieu à des dommages-intérêts (1). C'est, qu'en effet, comme l'explique très bien Pothier. les dommages-intérêts ne sont autre chose que l'estimation de l'intérêt que le stipulant avait à ce que l'obligation fût exécutée (2). Cela revient à dire que si, en l'absence d'un intérêt de cette nature, il naissait une obligation, elle serait dépourvue de sanction; mais on ne conçoit pas qu'il puisse en être ainsi : toute obligation, du moins toute obligation civile, suppose essentiellement une sanction (3).

294. On a soutenu cependant qu'une obligation civile pouvait avoir pour objet un fait à l'accomplissement duquel le créancier n'aurait qu'un intérêt d'affection (4). Mais, d'après nous, cette solution doit être repoussée. Elle est inconciliable avec la règle qu'on ne peut stipuler en son propre nom pour autrui, car, si cette règle cessait d'être applicable à raison du simple intérêt d'affection que la convention présenterait pour le stipulant, elle n'aurait aucune portée (5). De plus, elle est contraire à la théorie de Pothier, ce qui est d'autant plus grave que Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des Motifs* (6), a

(1) V. *infra*, n. 480-481.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 138 et 140 *in princ.* (édit. Dupin, I, p. 71-72).

(3) Laurent, XVI, n. 81. — Comp. Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 320, 5e édit., p. 545.

(4) Ihering, *Gesamm. Aufsatze*, III, p. 87 s. — M. Girard se prononce en sens contraire. *Man. élém. de dr rom.*, 1re édit., p. 432, texte et note 2, 2e édit., p. 436, texte et note 2, 3e édit., p. 443, texte et note 2. — Remarquons toutefois que le Code civil japonais consacre la première de ces solutions. « Le droit de créance peut avoir pour objet des avantages non susceptibles d'une évaluation en argent ». Art. 399 (Code civil révisé en 1896, traduction Motono et Tomii, p. 99).

(5) V. *supra*, n. 150-151.

(6) Bigot-Préameneu, *Exposé des Motifs*, Fenet, XIII, p. 228; Locré, XII, p. 335, n. 26.

exactement reproduit les idées de ce jurisconsulte relativement au genre d'utilité que le fait promis doit avoir pour le stipulant [1].

Ajoutons avec Pothier que, si un fait dont l'accomplissement ne présente pas pour le stipulant d'intérêt appréciable en argent, ne peut pas faire l'objet d'une obligation, il peut, du moins, être la condition ou la charge de celle-ci. C'est ainsi qu'on devrait considérer comme valable la promesse que me ferait une personne de me payer une certaine somme si elle ne s'abstenait plus désormais de jouer, tandis que je ne pourrais faire naître entre cette personne et moi une obligation ayant cette abstention pour objet [2].

SECTION IV

DE LA CAUSE [3]

295. La cause est la dernière condition que l'art. 1108 nous présente comme essentielle à la *validité,* il faut même dire à l'*existence* des conventions.

296. Beaucoup d'auteurs soutiennent que le législateur aurait dû s'abstenir de mentionner la cause dans l'art. 1108. A leur avis, elle ne constitue pas une condition spéciale de la formation des contrats. Il n'est jamais besoin, font-ils observer, de recourir à l'idée de cause pour expliquer l'inexistence d'une convention. Il suffit de rechercher si les conditions relatives au consentement et à l'objet sont remplies [4]. Nous examinerons ces critiques dans la suite, et, sans admettre, d'ailleurs, que, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'une des obligations se confonde avec l'objet de l'obligation

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 140.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 139.

(3) L'étude approfondie de la cause a fait l'objet de plusieurs importantes monographies. — V. Artur, *De la cause* (thèse pour le doctorat, Paris, 1878); Brissaud, *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français* (thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1879); Timbal, *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français* (thèse pour le doctorat, Toulouse, 1882); P. Colin, *Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles* (thèse pour le doctorat, Paris, 1897); Séfériadès, *Etude critique sur la théorie de la cause* (thèse pour le doctorat, Paris, 1897).

(4) *Infra*, n. 321-327.

réciproque, nous verrons qu'il eût mieux valu, en effet, ne pas écrire le dernier alinéa de l'art. 1108 et les art. 1131 et 1133. Mais cela ne saurait nous dispenser de dégager de la loi une théorie de la cause. Que le législateur ait envisagé celle-ci comme une condition essentielle de la formation des conventions, voilà qui n'est pas douteux, puisque cela résulte manifestement de la disposition de l'art. 1131. Que les tribunaux soient par là-même autorisés à déclarer l'inexistence d'un contrat en se fondant sur le défaut de cause, cela n'est pas contestable : comment s'étonner que les juges se placent au même point de vue que le législateur?

Admettons que les dispositions relatives à la cause soient une superfétation. Il n'en est pas moins vrai qu'elles sont appelées à jouer un grand rôle dans la pratique. La meilleure manière d'éviter que leur application entraîne bien des confusions et bien des abus, c'est encore de préciser la théorie qui se dégage de ces dispositions, sauf à la critiquer ensuite.

§ I. *De la notion de cause.*

297. Les termes dans lesquels l'art. 1108 précise la condition dont nous parlons sont, nous le rappelons, les suivants : « une cause licite *dans l'obligation* » (1). V. aussi art. 1131.

Il règne une grande obscurité sur cette matière. Elle provient surtout de ce que l'expression *cause* est susceptible de divers sens. On distingue, en effet, la *cause efficiente,* la *cause finale,* la *cause occasionnelle.*

Nous allons définir ces diverses expressions, et nous déterminerons par voie d'élimination le sens dans lequel le législateur a pris le terme *cause.*

On entend par *cause efficiente* l'élément générateur de l'effet. Dans ce sens, on peut qualifier de causes des obligations les sources des obligations (contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits). Mais, du moment que, dans l'art. 1108, la loi range la cause de l'obligation parmi les conditions de validité de la convention, elle ne fait certainement pas allu-

(1) Pothier exigeait de même une « cause *dans l'engagement* ». *Oblig.*, n. 16, 1er al. (édit. Dupin, I, p. 12).

sion aux sources de l'obligation, au premier rang desquelles figure la convention elle-même. Sans quoi son idée reviendrait à ceci : une des conditions de validité de la convention, c'est la convention. Proposition dépourvue de sens!

On peut rattacher à la cause efficiente ce que certains commentateurs du droit romain ont appelé *causa civilis*, c'est-à-dire cet élément formaliste qui, d'après les idées romaines, était nécessaire pour la formation des contrats. Cet élément avait bien le caractère de cause efficiente. Mais une pareille conception est inconciliable avec la force que le droit moderne reconnaît au simple consentement (1).

La *cause finale* et la *cause occasionnelle* rentrent, l'une et l'autre, dans ce qu'on appelle les *forces impulsives*, les *mobiles* ou encore (en prenant ce dernier mot dans un sens large) les *motifs* de nos actes. Mais il ne faut pas les confondre. La *cause finale* ou *but final* d'un acte, c'est le but immédiat et invariable de cet acte. La *cause occasionnelle* ne présente pas les mêmes caractères. Comme son nom même le donne à entendre, elle consiste dans un élément qui est différent suivant les cas et qui agit seulement par occasion (2). Elle n'est donc pas, comme la cause finale, le motif direct et essentiel de l'acte. Fût-il répété indéfiniment, le même acte n'aura jamais qu'une cause finale; il pourra avoir successivement diverses causes occasionnelles très nombreuses.

Le législateur ne pouvait pas se préoccuper des causes occasionnelles des obligations. Comme nous l'avons dit, elles varient à l'infini; leur existence est purement relative; la considération qui sera une cause occasionnelle pour une personne, n'aura pas cette portée aux yeux d'une autre. A ce point de vue on peut dire que cette cause présente essentiellement un caractère personnel. Par suite, elle n'est pas apparente; pour la découvrir, il faudrait, chose impossible pour les juges, scruter les pensées, les désirs de chacun. Ce

(1) Paul Gide, *Revue prat. de Dr. franç.*, 1865, XIX, p. 237; Accarias, *Précis de Dr. rom.*, 4e édit., II, p. 16, note 2. — Cpr. Vernet, *Textes choisis sur la théorie des oblig.*, p. 9-12.

(2) On réserve quelquefois le nom de *cause impulsive* à la cause occasionnelle, V. par exemple Demolombe, XXIV, n. 355.

n'est donc pas de la cause occasionnelle que le législateur a voulu parler dans l'art. 1108.

Il ne reste que la cause finale.

Ainsi l'élément visé dans l'art. 1108 sous le nom de cause peut être défini : Le but *immédiat* et par conséquent *essentiel* en vue duquel on contracte. Elle est la raison d'être de l'obligation, son *pourquoi* (1).

298. Appliquons ce *criterium*. Je vous vends ma maison moyennant 100.000 fr. Ce contrat fait naître des obligations réciproques ; car la vente est un contrat synallagmatique : obligation pour moi, vendeur, de vous rendre propriétaire de la maison (2) et de vous la livrer ; obligation pour vous, acheteur, de me payer le prix. Quelle est la cause de ces diverses obligations ? — En ce qui concerne le vendeur tout d'abord ? Pourquoi me suis-je obligé, dans l'espèce proposée, à vous rendre propriétaire de ma maison et à vous la livrer ? C'est pour obtenir que vous vous obligiez de votre côté à me payer la somme de 100.000 fr., dont j'ai besoin ; votre obligation sert donc de cause à la mienne : elle en est la raison d'être, en même temps que la contre-partie. — Voyons maintenant quelle est la cause de l'obligation de l'acheteur. Pourquoi vous êtes-vous obligé, dans l'espèce, à me payer 100.000 fr. ? C'est pour me déterminer à contracter envers vous l'obligation de vous rendre propriétaire de ma maison et de vous la livrer ; l'obligation de l'acheteur a donc pour cause l'obligation du

(1) Cpr. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Cause des oblig.*, II, p. 210 ; Mourlon, II, n. 1101 ; Colmet de Santerre, V, n. 46 *bis* I ; Demolombe, XXIV, n. 345. — M. Gauly définit la cause : « Le fait ou la qualité du créancier qui rend intelligible l'acte par lequel le débiteur s'est obligé ». *Essai d'une définition de la cause dans les obligations, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVe année, 1886, nouv. série, t. XV, p. 51. — Dans un langage assez vague, mais qu'il prétend justifier par cette considération que la cause de l'obligation conventionnelle varie suivant le contrat et que, par suite, il n'est pas possible d'en donner une définition précise, M. P. Colin s'exprime ainsi : « La cause de l'obligation est... une idée ayant immédiatement précédé, logiquement sinon chronologiquement, la volonté de s'obliger, dans l'esprit du débiteur », *op. cit.*, p. 54.

(2) On verra sous l'art. 1138 que la loi répute cette obligation immédiatement exécutée, indépendamment de toute tradition : la propriété est acquise à l'acheteur *hic et nunc*, de sorte que l'obligation contractée par le vendeur de le rendre propriétaire, étant réputée acquittée instantanément, meurt au moment même où elle naît. Mais enfin elle prend naissance, et il y a lieu de rechercher sa cause.

vendeur, de même que celle-ci a pour cause l'obligation de l'acheteur. — Ainsi les deux obligations se servent réciproquement de cause.

Ce qui vient d'être dit de la vente peut être appliqué à tous les contrats synallagmatiques. Nous établirons donc en principe que, dans les contrats synallagmatiques, les obligations de chacune des parties ont pour cause celles de l'autre ou des autres (1).

299. Dans les contrats unilatéraux, la cause varie suivant la nature du contrat. S'agit-il d'un prêt (*à usage* ou *de consommation*, peu importe)? la cause de l'obligation de l'emprunteur est dans la prestation qui lui est faite par le prêteur : c'est en considération de cette prestation qu'il s'est obligé. Pourquoi doit-il? Parce qu'il a reçu; c'était là le but immédiat qu'il poursuivait en empruntant, c'est-à-dire en s'obligeant à rendre : recevoir la chose objet du prêt.

La cause serait la même dans le dépôt et dans le gage.

Dans le contrat de donation, il n'y a pas d'autre cause à l'obligation du donateur qu'une pensée de bienveillance, le désir de procurer un avantage au donataire. Le but immédiat que le donateur se propose d'atteindre en s'obligeant, c'est de gratifier le donataire; il est mû par une pensée de libéralité (2).

(1) Merlin, *Rép.*, VI, v° *Filiation*, n. 20, p. 734; Mourlon, II, n. 1102 et 1106; Marcadé, IV, n 400 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 46 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 285, note 2, 5e édit., p. 469, note 2; Demolombe, XXIV, n. 346; Thiry, II, n. 612, p. 587; Vigié, II, n. 1141 *in fine;* Laborde, *Applications de la théorie de la cause aux matières du droit et principalement aux obligations* (extrait de la *Revue générale du droit*, 1881), p. 10 (du tirage à part); Brissaud, *op. cit.*, p. 31-33; Daufresne, *Dissertation sur la cause* (thèse pour le doctorat), n. 95; Magnette, *De la cause en droit civil, Rev. de dr. belge*, I, 1886-1890, p. 388-390. — Cpr. Gauly, *op. cit.*, p. 52. — M. P. Colin, critique la définition donnée ci-dessus. — V. *op. cit.*, p. 65-80. — Il pose en principe « que, d'une façon générale, dans les contrats intéressés, la cause de l'obligation d'une partie est la considération de l'avantage que l'autre partie procure à la première par l'effet d'une prestation qu'elle réalise ou d'une obligation qu'elle contracte ». *Op. cit.*, p. 68 *in fine*. — Pour l'exposé de ses objections, voir surtout p. 71-80.

(2) Marcadé, Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Larombière, Thiry et Vigié, *loc. cit.;* Demolombe, XXIV, n. 350-351; Brissaud, *op. cit.*, p. 46-56; Laborde, *op.* et *loc. cit.;* Magnette, *op. cit.*, *Rev. du dr. belge*, I, 1886-1890, p. 391 et 392 *in fine*. — V. cep. Gauly, *op. cit.*, p. 56-58. « Ce qui rend une libéralité intelligible, dit cet auteur, est invariablement ou un service autrefois rendu à titre gra-

300. Les idées que nous venons d'émettre sur la notion de la cause étaient déjà formulées par Domat : « Dans ces trois premières sortes de conventions, disait-il (les trois premières sortes de conventions dont il venait de parler rentraient dans la catégorie des contrats à titre onéreux), il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et *l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre.* Et dans les conventions mêmes où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre ; et l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle

tuit par le donataire au donateur, et en ce cas la donation est rémunératoire : l'opération juridique peut être regardée comme un contrat à titre onéreux dédoublé, le service et la donation n'étant pas nécessairement corrélatifs ; — ou une qualité personnelle du donataire, et en ce cas il y a libéralité véritable. C'est ce qui arrive le plus souvent. *Mais alors la cause ressemble tant au motif qu'il n'est plus possible de l'en distinguer.* De même que le motif, elle préexiste au contrat, elle précède l'accord des volontés, et il n'est pas rare que le donateur la cache au donataire. En effet, cette qualité, qui est la cause, le donataire ne l'a pas toujours acquise par ses propres efforts ; elle existe parfois en sa personne en vertu d'un fait accompli avant qu'il vînt au monde, et il peut y avoir quelque prétexte plausible qui justifie le bienfait aux yeux du donataire lui-même.

» La cause pouvant être identique au motif, s'ensuit-il qu'il ne faille pas la rechercher dans les contrats à titre gratuit? Non assurément. On doit en toute circonstance appliquer les art. 1108 et 1131 : pas d'obligation valable sans cause licite. La découverte de la cause véritable sera plus difficile, voilà tout. Le donataire sera d'abord mis en demeure de dire quelle est, selon lui, la cause de la libéralité ; par là on saura au moins le prétexte choisi par le donateur. Après quoi, ce sera au donateur ou à ses héritiers qui contestent la validité de l'obligation à prouver que la cause indiquée est fausse et que la cause réelle est illicite », p. 57 *in fine*, et p. 58. M. Gauly estime donc que, la plupart du temps, dans la donation, la cause de l'obligation se confond avec le motif. A notre avis, c'est inexact. — V. *infra*, n. 302 et 315. — La cause, aussi bien dans les contrats à titre gratuit que dans les contrats à titre onéreux, présente le caractère de l'invariabilité, et, comme on a très bien répondu à M. Gauly, si les motifs rendent intelligible l'obligation du donateur, il n'en est pas moins vrai qu'ils ne la créent pas, qu'ils n'en constituent pas la cause. Magnette, *op. cit.*, p. 391. — V. dans le même sens que M. Gauly, Planiol, *Examen doctrinal, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVII, année 1888, nouv. série, XVII, p. 705. — V. *infra*, n. 326. — D'après M. P. Colin, la cause de l'obligation du donateur, c'est la conception de l'avantage qui résultera de la convention au profit du donataire. *Op. cit.*, p. 94-97. — Cet auteur critique la définition généralement donnée. *Op. cit.*, p. 89-94.

était sans cause ». Et il ajoutait : « Dans la donation et dans les autres contrats où un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait ou ne donne rien, l'acceptation forme la convention : et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire, *ou le seul plaisir de faire du bien*. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien » (1). On voit que ces propositions concordent parfaitement avec les nôtres.

Au surplus, elles paraissent bien avoir inspiré notre législateur. Bigot-Préameneu, qui n'a guère fait que résumer les explications de Domat sur ce point, dit dans l'*Exposé des motifs :* « Il n'y a point d'obligation sans cause, elle est dans » l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de » l'une d'elles » (2). L'intérêt réciproque des parties dans les contrats synallagmatiques ne peut consister que dans les obligations réciproques engendrées par le contrat : l'intérêt de chaque partie consiste dans la promesse de l'autre. Le passage cité de Bigot-Préameneu confirme donc ce que nous avons dit à ce sujet.

301. Il importe beaucoup de ne pas confondre la cause de l'obligation soit avec l'objet, soit avec le motif.

Nous disons en premier lieu qu'il ne faut pas confondre la cause avec l'objet. Ici la distinction est facile : pour trouver la cause, il faut, nous l'avons vu, se demander pourquoi il est dû ; pour trouver l'objet, il suffit de rechercher ce qui est dû. Ainsi, dans la vente, l'obligation du vendeur a pour objet la chose vendue ; celle de l'acheteur, le prix ; dans le prêt, l'obligation de l'emprunteur a pour objet la chose même qu'il a reçue ou une chose équivalente, suivant qu'il y a prêt à usage ou prêt de consommation ; dans la donation, l'obligation du donateur a pour objet la chose donnée...

Plusieurs auteurs prétendent que la cause de l'obligation se confond avec son objet, au moins dans les contrats synallagmatiques. Ainsi, dans la vente, disent-ils, quel est l'objet

(1) Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect, 1, n. 5 et 6 (édit. Rémy, I, p. 122-124). — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 42 (édit. Dupin, I, p. 24).

(2) Fenet, XIII, p. 228 ; Locré, XII, p. 325, n. 26.

de l'obligation du vendeur? C'est la chose vendue. Et quel est celui de l'obligation de l'acheteur? C'est le prix. D'autre part, quelle est la cause de l'obligation du vendeur? C'est le prix : il contracte pour avoir le prix. Et quelle est la cause de l'obligation de l'acheteur ? C'est la chose vendue : il contracte pour avoir cette chose. L'objet de l'obligation de l'acheteur sert donc de cause à l'obligation du vendeur, et, réciproquement, l'objet de l'obligation du vendeur sert de cause à l'obligation de l'acheteur. — Erreur, à notre avis. Sans doute le vendeur contracte pour avoir le prix, et l'acheteur pour avoir la chose; mais le premier n'obtient le prix qu'en exécution de l'obligation de l'acheteur, de même que le second n'obtient la chose qu'en exécution de l'obligation du vendeur. L'obligation de l'acheteur est donc un intermédiaire indispensable entre le vendeur et le prix, de même que l'obligation du vendeur, entre l'acheteur et la chose. Le but *immédiat* que se propose le vendeur, est d'obtenir l'obligation de l'acheteur, pour arriver à toucher le prix en exécution de cette obligation, de même que le but immédiat de l'acheteur est d'obtenir l'obligation du vendeur, pour arriver, par suite de l'exécution de cette obligation, à être propriétaire de la chose vendue; de sorte que l'obligation du vendeur a pour cause celle de l'acheteur, et réciproquement (1).

Quelques auteurs vont plus loin. Ils enseignent que, dans les contrats réels, par exemple dans le prêt, la cause de l'obligation consiste dans la chose qui est livrée au débiteur, de sorte que cette chose est en même temps l'objet et la cause de l'obligation. — Notre réponse est toujours la même : la cause de l'obligation de l'emprunteur n'est pas dans la chose qu'il a reçue, mais dans la *prestation* de cette chose, effectuée par le prêteur : ce qui est bien différent. Dans la vente, l'obligation de chaque partie a pour cause une autre *obligation;*

(1) D'après M. Timbal, dire que, dans les contrats synallagmatiques, les deux obligations se servent réciproquement de cause, ou dire que, dans ces contrats, chacune des deux obligations a pour cause l'objet de l'autre, serait indifférent, en ce sens que ces deux propositions aboutiraient aux mêmes résultats pratiques; mais cet auteur reconnaît, « — la terminologie ayant son importance en droit comme dans toute science, — qu'il est plus conforme à l'*elegantia juris* d'adopter la première formule ». *Op. cit.*, p. 180.

dans le prêt, l'obligation unique de l'emprunteur a pour cause une *prestation* et non l'objet presté [1].

302. Nous avons dit qu'il ne faut pas confondre non plus la *cause* de l'obligation avec son *motif*. La distinction entre la cause et le motif est délicate, parce qu'il y a une étroite parenté et, par suite, une assez grande similitude entre ces deux choses. L'une et l'autre sont un mobile ; or les mobiles des actions humaines présentent une extrême diversité, et la difficulté est de savoir quel est entre eux tous celui qui constitue la cause et quels sont ceux qui constituent les motifs. J'ai besoin de blé pour ensemencer mes terres ; j'en achète 20 hectolitres moyennant 400 fr. Si l'on se demande pourquoi je me suis obligé à payer cette somme, il y a deux réponses ; 1° j'ai contracté cette obligation pour obtenir que le marchand s'obligeât à me livrer 20 hectolitres de blé ; 2° je l'ai contractée pour arriver à pouvoir ensemencer mes terres. La première réponse donne l'indication de la cause, et la deuxième celle du motif : la cause de mon obligation, c'est l'obligation que le marchand a contractée envers moi ; son motif, c'est la nécessité d'ensemencer mes terres. Mais pourquoi n'est-ce pas tout aussi bien l'inverse ? Des deux buts que je me suis proposés en achetant, il y en a un qui est immédiat, essentiel, qui se rencontrera toujours dans tous les marchés du même genre : acquérir du froment et, par suite, obliger quelqu'un à m'en fournir, c'est la cause ; l'autre but, ensemencer mes terres, est plus éloigné ; il n'est pas essentiel, en ce sens qu'il pourrait ne pas exister dans un marché absolument semblable : on peut acheter du froment pour se nourrir, pour le distribuer aux pauvres, pour le revendre... c'est le motif de l'obligation.

On voit que le motif, comme la cause, est un but, but immédiat et essentiel dans un cas, but plus éloigné et accidentel dans l'autre ; de sorte que c'est en quelque manière une question de proximité qui distingue la cause du motif, si bien qu'on pourrait peut-être définir ces deux choses l'une par l'autre en disant : la *cause*, c'est le *motif* prochain, immédiat,

[1] *Sic* Brissaud, *op. cit.*, p. 45 *in fine*, 46.

essentiel de l'obligation; le *motif*, c'est la *cause* éloignée, la cause de la cause, le pourquoi du pourquoi (1).

§ II. *Du défaut de cause, de la cause erronée et de la cause illicite.*

I. *Des cas où il y a défaut de cause, cause erronée ou cause illicite.*

303. La cause est, d'après le législateur, un élément essentiel à l'existence de l'obligation : « *L'obligation sans cause, ou* » *sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir* » *aucun effet* ». Art. **1131**.

La loi nous parle d'abord d'une obligation *sans cause*. Il est rare qu'une personne s'oblige sans cause. On a même prétendu qu'un fou seul peut agir ainsi. C'est aller trop loin. Supposons qu'une personne attirée dans un guet-apens ou victime d'un chantage souscrive un billet. La cause indiquée dans ce billet est simulée. L'obligation est inexistante faute de cause. On pourrait, il est vrai, en général, la faire tomber comme entachée de dol ou de violence; mais cette constatation qu'elle est dépourvue de cause n'en présente pas moins un très grand intérêt, car, manquant de cause, l'obligation est inexistante, tandis que le dol ou la violence la rendrait simplement annulable (2).

303 I. Nous devons citer aussi le cas des effets de complaisance ; soit à l'égard des parties, soit à l'égard des cessionnaires qui ne fournissent pas de valeur, l'obligation manque de cause (3).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 46 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 321, note 2, 5e éd., p. 546, note 2; Brissaud, *op. cit.*, p. 8-18; Magnette, *op. cit.*, *Rev. de dr. belge*, I, 1886-1890, p. 385, 387, 389, 390 et 391. — M. P. Colin prétend, au contraire, « que la cause de l'obligation et le motif de l'obligation, c'est absolument la même chose », et que ce que les auteurs appellent *motif de l'obligation* est en réalité le motif de la convention. V. *op. cit.*, p. 58 62.

(2) Bufnoir, *op. cit.*, p. 535-536.

(3) V. Bufnoir, *op. cit.*, p. 537-538. — Req., 31 janv. 1849, S., 49. 1. 161, D. P., 49. 1. 134. — Bordeaux, 6 mars 1868, D. P., 70. 1. 102. — Req., 30 mai 1883, S., 84. 1. 154, D. P., 84. 1. 292; 18 oct. 1886, S., 86. 1. 470. — Paris, 25 nov. 1889, D. P., 90. 1. 349. — Le banquier qui escompte des valeurs de complaisance dont il connaît le véritable caractère, participe à un fait illicite, et, en conséquence, est non

303 II. D'ailleurs, dans certaines obligations dont la cause est *successive*, c'est-à-dire incessamment renouvelée, il peut arriver que la cause qui existait lors de la formation de l'obligation vienne à cesser au bout d'un certain temps; à dater de ce moment l'obligation se trouvera sans cause et cessera de subsister. Ainsi je vous ai loué ma maison pour trois années à raison de 3.000 fr. par an. La cause de votre obligation de payer les loyers est dans l'obligation que je contracte moi-même de vous procurer la jouissance de ma maison pendant le temps convenu : c'est une cause *successive*, parce que je dois vous procurer la jouissance chaque jour successivement, jusqu'à l'expiration du bail. Supposons qu'au bout d'une année ma maison vienne à périr par cas fortuit. Me voilà libéré de l'obligation de vous en procurer la jouissance, à raison de l'impossibilité où je me trouve sans ma faute d'exécuter cette obligation. Art. 1302. Devrez-vous néanmoins me payer les loyers jusqu'à l'époque fixée pour l'expiration du bail ? Non, parce qu'à partir du moment où mon obligation de vous faire jouir de la chose louée cesse d'exister, votre obligation de payer les loyers se trouve être sans cause ; donc elle n'existe plus. L'art. 1741 dit que le contrat de louage est alors résolu. Il entend par là : résolu de plein droit, par la seule autorité de la loi ou plutôt de la raison et du bon sens; car, l'obligation de l'une des parties étant éteinte, et l'autre n'ayant plus de cause, ce qui la rend désormais inexistante, il est clair que le contrat ne saurait subsister [1].

304. Notre article parle ensuite de l'obligation contractée sur une *fausse cause*. La fausse cause peut être *erronée* ou *simulée*.

305. Elle est *erronée*, lorsqu'elle n'existe que dans la pensée de celui qui s'oblige ; il croit à l'existence d'une cause qui n'existe pas en réalité ; il est donc dans l'erreur relativement à la cause, d'où le nom de cause *erronée*. Ainsi, vous me

recevable à demander son admission, pour le montant desdites valeurs, à la faillite du souscripteur. Req., 27 juil. 1897, D. P., 97. 1. 606. — V. aussi Req., 8 juin 1891, D. P., 91. 1. 336 (note). — Trib. com. Rennes, 7 janv. 1898, *Rec. d'Angers*, 1898, 61.

[1] Larombière, I, p. 287 (art. 1131, n. 7) ; Demolombe, XXIV, n. 358 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 539.

présentez un testament olographe de mon père aujourd'hui décédé, contenant à votre profit un legs de 100 hectolitres de froment ; je vous propose, ce que vous acceptez, de vous donner 2.000 fr. à la place des 100 hectolitres de froment, et je souscris un engagement de vous payer cette somme dans un mois. Quelle est la cause de cet engagement? C'est l'acquittement du legs : le but immédiat que je me propose d'obtenir en m'obligeant à vous payer les 2.000 fr., c'est de me libérer de l'obligation dont je me crois tenu en vertu du testament. Plus tard je découvre un codicille contenant la révocation du legs fait à votre profit ; que résulte-t-il de là ? C'est que l'obligation que j'ai contractée de vous payer les 2.000 fr. a une cause erronée, par conséquent une fausse cause : je croyais être débiteur, et je ne l'étais pas ; mon obligation ne produira donc aucun effet (1).

306. C'est seulement la fausseté de la *cause,* qui, aux termes de l'art. **1131**, rend l'obligation sans valeur ; la fausseté du *motif* ne produirait pas le même résultat (2). Ici apparaît donc l'intérêt de la dictinction entre la cause et le motif. Ainsi, dans la persuasion où je suis qu'une riche succession m'est échue, j'achète une maison ; puis j'apprends que la personne dont je me croyais héritier est encore vivante ou qu'elle m'a dépouillé par un legs universel. Bien que le motif qui m'a déterminé à acheter soit faux, je n'en serai pas moins lié par le contrat que j'ai passé (3).

307. La cause est *simulée* lorsque les parties ont volontaire-

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 42 ; Larombière, I, p. 286 (art. 1131, n. 5) ; Demolombe, XXIV, n. 369. — Applications intéressantes : Paris, 11 fév. 1887 (existence d'une fausse cause), D. P., 87. 2. 140. — Civ. rej., 19 nov. 1889 (défaut de cause), S., 91. 1. 507, D. P., 90. 1. 293. — Y a-t-il absence de cause dans la combinaison dite « Boule de neige » ? — V. pour l'affirmative, Trib. civ. de Lille, 15 janv. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 181, D. P., 1900. 2. 239, Just. de paix de Paris (8e arrond.), 4 oct. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 456 et Trib. civ. Seine, 19 nov. 1901, *Gaz. Pal*, 1902. 1. 289, *Gaz. Trib.*, 2e part., 1902. 1. 264. — Pour la négative, Trib. com. de Roubaix, 2 mai 1900, S., 1904. 2. 49. — Trib. com. de la Seine, 20 juill. 1901, S., *ibid.*, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 437. — V. dans ce dernier sens Wahl, note dans S, *ibid.*; Demogue, *Jurisp. en matière de dr. civ.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 3e année (1904), p. 413-415.

(2) Cpr. Bordeaux, 6 fév. 1885, S., 86. 2. 16. — V. *infra* la première note du n. 313.

(3) Larombière, I, p. 294 (art. 1131, n. 15).

ment et sciemment assigné à l'obligation une cause autre que la véritable. Il faut supposer que les parties ont quelque intérêt à dissimuler la vérité et, pour mieux faire illusion, elles ne se bornent pas à garder le silence sur la cause véritable de l'obligation, elles en indiquent une autre qui est fausse. Ainsi on conçoit que, dans un billet souscrit à raison d'une dette de jeu, on indique, par exemple, que la dette a pour cause un prêt.

308. L'indication d'une cause simulée, d'une fausse cause par conséquent, ne rend pas nécessairement l'obligation nulle. En effet, la simulation n'est pas, dans notre droit, par elle-même et par elle seule, une cause de nullité. Cette proposition n'est pas contredite par l'art. **1131**; car il ne dit pas que l'obligation ne peut avoir aucun effet lorsque la cause a été *faussement indiquée;* il dit qu'elle ne peut avoir aucun effet lorsqu'elle a été *contractée sur une fausse cause;* or ici l'obligation n'a pas été contractée sur la fausse cause que les parties ont indiquée, mais bien sur la véritable cause dont elles ont à dessein dissimulé l'existence (1). Bien entendu l'obligation dont la cause est simulée ne sera valable qu'autant que sa cause vraie sera licite; autrement rien ne serait plus facile aux parties que d'éluder la règle qui déclare destituées de toute efficacité les obligations contractées sur une cause illicite (2).

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Convention*, § 2 et *Quest.*, v° *Cause des oblig.*, § 1; Toullier, VI, n. 176; Duranton, X, n. 350; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Convention*, sect. II, § 4, n. 2; Colmet de Santerre, V, n. 47 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e éd., p. 323-324, texte et notes 18 et 19, 5e édit., p. 557-558, texte et note 18 et 19; Larombière, I, p. 309 (art. 1132, n. 8); Demolombe, XXIV, n. 370; Laurent, XVI, n. 122. — Paris, 28 août 1812, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 539. — Rouen, 9 mars 1831, S., 31. 2. 245. — Civ. cass., 19 juin 1832, S., 32. 1. 529. — Pau, 11 nov. 1834, S., 35. 2. 167. — Req., 12 janv. 1837, D., *ibid.* — Lyon, 20 janv. 1840, D., *ibid.* — Riom, 25 juin 1849, D. P., 50. 2. 67. — Caen, 9 avril 1853, S., 54. 2. 30. — Req., 13 mars 1854, S., 55. 1. 751, D. P., 54. 1. 248; 9 fév. 1864, S., 64. 1. 107, D. P., 64. 1. 211; 9 nov. 1869, D. P., 70. 1. 167. — Poitiers, 2 juill. 1872, S., 73. 2. 212, D. P., 72. 2. 166. — Req., 3 déc. 1873, D. P., 75. 1. 26. — Orléans, 17 juin 1875, D. P., 77. 1. 177. — Aix, 10 janv. 1878 (sol. impl.), S., 78. 2. 211, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 154, p. 154, note 1. — Req., 9 nov. 1891, S., 94. 1. 78, D. P., 92. 1. 151. — Paris, 23 mars 1892, D. P., 92. 2. 240. — Alger, 23 déc. 1895, D. P., 97. 2. 453. — Req., 10 janv. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 129; 9 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 574, D. P., 99. 1. 103.

(2) Aix, 10 janv. 1878, et Req., 10 janv. 1898, précités. — C'est évidemment au

309. Nous arrivons à la cause *illicite*. L'art. **1133** nous en donne la définition en ces termes : « *La cause est illicite,* » *quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire* » *aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». On trouvera peut-être cette définition un peu vague ; mais elle devait nécessairement présenter ce caractère pour comprendre tous les cas que le législateur avait en vue et qui sont extrêmement nombreux. Quoi qu'il en soit, le défaut de précision voulu et peut-être inévitable de notre article a fait naître dans la pratique de nombreux procès, et il faut reconnaître que c'est souvent une question fort délicate en effet que celle de savoir si la cause d'une obligation est ou n'est pas illicite.

310. Il y a cependant un certain nombre de cas où le caractère illicite de la cause est évident. Nous citerons notamment les suivants :

1° Lorsque la cause consiste dans la promesse d'accomplir un fait délictueux ou même seulement contraire à la morale :

Ainsi est radicalement nul l'engagement que prend un homme de payer une certaine somme d'argent à une femme comme prix de la promesse que lui fait celle-ci de nouer ou de continuer avec lui des relations illicites (1).

créancier qui allègue une cause réelle et licite d'en faire la preuve. — V. *infra*, n. 319.

(1) Demolombe, XXIV, n. 375; Larombière, I, p. 320 (art. 1133, n. 110); Laurent, XVI, n. 153. — Req., 2 fév. 1853, S., 53. 1. 428, D. P., 53. 1. 57; 26 mars 1860, S., 60. 1. 321, D. P., 60. 1. 55. — Caen, 2 juill. 1872, S., 73. 2. 145. — Orléans, 27 mai 1875, S., 75. 2. 319, D. P., 77. 2. 177. — Dijon, 3 déc. 1894, D. P., 95. 2. 237. — Alger, 23 déc. 1895, D. P., 97. 2. 453. — Req., 4 janv. 1897, D. P., 97. 1. 126. — Alger, 22 mars 1898, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1898. 2. 353. — Trib. civ. Seine, 16 juin 1898, *Droit*, 25 sept. 1898. — Trib. civ. Lyon, 5 juil. 1898, *Mon. Lyon*, 14 nov. 1898. — Dijon, 22 mars 1900, D. P., 1901. 2. 45. — Trib. civ. Seine, 26 juil. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 355, *Droit*, 2 sept. 1904, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1904. 2. 335. — Cpr. Trib. civ. Seine, 3 août 1904, *Droit*, 6 déc. 1904. — Nancy, 12 nov. 1904, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 12, *Droit*, 6 déc. 1904. — Cpr. Agen, 7 juil. 1886, S., 86. 2. 189, et Req., 23 juin 1887, S., 87. 1. 361, D. P., 89. 1. 35. — Mais le point de savoir de quelle façon le concubinage doit être prouvé dans ce cas est l'objet d'une vive controverse. — Cpr. Req., 26 mars 1860, Caen, 2 juil. 1872, Orléans, 27 mai 1875, Agen, 7 juil. 1886 et Req., 23 juin 1887, précités. — La jurisprudence admet avec raison la validité de l'obligation souscrite par un individu au profit de son ancienne concubine, lorsque cet individu, estimant qu'il remplissait ainsi un devoir de conscience, a entendu réparer le préjudice par lui causé à la bénéficiaire. Demolombe, XXIV, n. 375; Larombière, I, p. 320 (art. 1133,

Citons aussi la promesse qui porte atteinte à la liberté des enchères en écartant la surenchère de la personne à laquelle cette promesse est faite (1).

2° Lorsqu'elle consiste dans la promesse de s'abstenir d'un fait délictueux, comme si je vous ai promis une certaine somme pour vous déterminer à renoncer à une liaison adultérine. Il y a immoralité à stipuler une somme d'argent comme prix de l'abstention d'un fait que la loi réprouve (2);

3° Lorsqu'on stipule une somme d'argent pour l'accomplissement d'une obligation dont on est déjà tenu : par exemple si un dépositaire se fait promettre une somme d'argent pour restituer le dépôt qu'il a reçu (3).

4° Lorsqu'une obligation est contractée pour soustraire le promettant à des poursuites criminelles, à raison d'un délit qu'il a commis. Telle serait l'obligation contractée par l'auteur d'une tentative d'assassinat envers sa victime, pour obtenir que celle-ci ne le dénonce pas (4).

5° Nul doute aussi qu'il y ait lieu de considérer comme ayant une cause illicite l'obligation contractée à titre de *dédit*

n. 10); Laurent, XVI, n. 154. — Grenoble, 23 janv. 1864, S., 64. 2. 222, D. P., 64. 5. 254. — Rennes, 7 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 487, *Loi*, 19 mars 1904. — Cpr. Liège, 15 fév. 1875, D. P., 76. 2. 49. — *Contra* Besançon, 19 mars 1862, D. P., 62. 2. 58. — De plus, d'après la jurisprudence, les libéralités entre concubins ne doivent pas être considérées comme ayant, à raison du fait même du concubinage, une cause illicite, et, par suite, elles sont valables, si elles ne sont pas soumises à quelque condition contraire aux bonnes mœurs, par exemple à la condition du maintien des relations constitutives du concubinage. — Req., 26 mars 1860, précité; 2 juil. 1866, S., 66. 1. 356, D. P., 66. 1. 377. — Orléans, 27 mai 1875, précité. — Toulouse, 28 avril 1880, S., 82. 2. 222, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 155, p. 155, n. 1.

(1) Req , 5 août 1903, D. P., 1904. 1. 22, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 443, *Loi*, 29 déc. 1903.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 49 *bis*-II; Larombière, I, p. 318 (art. 1133, n. 7); Demolombe, XXIV, n. 380; Laurent, XVI, n. 125.

(3) Mêmes auteurs, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 322, 5e édit., p. 550; Demolombe, XXIV, n. 378; Larombière, I, p. 329 (art. 1133, n. 12). — Bordeaux, 20 fév. 1839, S., 39. 2. 462. — Trib. civ. Pau, 31 octobre 1901, *Loi*, 12 novembre 1901. — Toutefois n'est pas illicite l'engagement que prend une personne de retirer la plainte par elle déposée, car, l'action publique pouvant néanmoins être exercée à raison des faits dénoncés au parquet, l'ordre public n'est pas intéressé au maintien de la plainte. — Trib. civ. Seine, 16 déc. 1896, *Droit*, 18 mars 1897. — V. dans le même sens Trib. civ. Seine, 7 nov. 1899, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1900. 1. 61.

de mariage, c'est-à-dire la promesse que l'un des futurs époux fait à l'autre de lui payer une certaine somme d'argent s'il se retire (1).

6° Il en est de même de l'obligation, que contracte par une contre-lettre le cessionnaire d'un office ministériel, de payer au cédant un prix supérieur à celui qui est stipulé dans l'acte ostensible; car une telle convention aurait pour résultat de déjouer la surveillance que l'Etat s'est réservé le droit d'exercer sur la cession des offices, pour des considérations d'ordre public (2). Après quelques variations, la jusrisprudence est aujourd'hui très ferme dans ce sens (3).

7° Sont illicites les accords intervenus entre les officiers publics ou ministériels en vue de déroger aux règles de leur profession qui sont obligatoires, notamment les traités par lesquels des huissiers conviennent de partager entre eux leurs émoluments autrement qu'il n'est permis par les dispositions du décret du 14 juin 1813 et de l'ordonnance du 16 juin 1822, relatives à la bourse commune (4). Mentionnons aussi la convention par laquelle un huissier abandonne une quote-part de ses émoluments à un avoué qui s'engage à lui faire signifier tous les actes de son étude (5).

De pareils accords sont également illicites quand ils ont été conclus entre des avocats ou des officiers publics ou

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit, p. 323, 5e édit., p. 553; Demolombe, XXIV, n. 378. — Ch. réunies, rej., 7 mai 1836, S., 36. 1. 574, D., *Rép. alph.*, v° *Mariage*, n. 90-3°. — Alger, 9 avril 1895, S., 96. 2. 79, D. P., 95. 2. 320. — Cpr. Dijon, 10 février 1892, S., 92. 2. 197, et 27 mai 1892, S., *ibid.*, D. P., 93. 2. 183.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 322, 5e édit., p. 551; Demolombe, XXIV, n. 377. — V. notre tome II, n. 1662.

(3) Civ. cass., 13 juil. 1885, S., 86. 1. 205, D. P., 86. 1. 263. — Dijon, 26 janvier 1894, D. P., 96. 2. 11. — Req., 18 mars 1895, S., 96. 1. 11, D. P., 95. 1. 346. — Trib. civ. Largentière, 28 juin 1900, *Droit*, 29 juillet 1900. — Pour les décisions rendues précédemment dans le même sens (elles sont fort nombreuses), V. C. civ. Fuzier-Herman, art. 1321, n. 83-84. — Pour les décisions en sens contraire, V. le même code, art. 1321, n. 79-82 et 85.

(4) Durand, *Des offices*, n. 288; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 551, texte et note 10 *bis;* Montpellier, 28 avril 1830, S., 31. 2. 71.

(5) Laurent, XVI, n. 129; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 552, note 10 *bis* continuée. — Req., 29 décembre 1845, S., 46. 1. 173, D. P., 46. 1. 57. — Aix, 2 décembre 1854, S., 61. 2. 38. — Trib. de Tarascon, 21 juin 1861, S., *ibid.* — Aix, 20 décembre 1861, D., 62. 2. 107.

ministériels et leurs clients. Telles sont les conventions dérogeant aux dispositions légales qui soumettent les actes des notaires à la taxe du président du tribunal civil (1).

Tels sont encore les pactes *de quota litis*, qui sont contraires aux devoirs professionnels des avocats ou des officiers ministériels (2).

8° Il faut certainement donner la même solution en ce qui regarde les conventions faisant fraude aux lois fiscales (3).

9° On doit aussi déclarer illicites les traités qui auraient pour effet soit de porter atteinte à la liberté du commerce ou de l'industrie, soit d'entraver la concurrence (4).

Cette proposition s'applique notamment à la convention par laquelle l'une des parties s'interdit, sans limitation de temps, la faculté d'exercer telle industrie ou tel commerce (5).

(1) Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 552. — Civ. rej., 1er décembre 1841, S., 42. 1. 221, D., *Répert. alph.*, v° *Notaire*, n. 515. — Paris, 14 mars 1848, S., 48. 2. 655, D. P., 49. 2. 54. — Req., 14 mars 1853, S., 53. 1. 251 ; 22 août 1854, S., 54. 1. 614, D. P., 55. 1. 23. — Civ. cass., 4 avril 1859, S., 59. 1. 197, D. P., 59. 1. 161. — Req., 2 janvier 1872, S., 72. 1. 57, D. P., 72. 1. 252 ; 22 août 1882, S., 83. 1. 449, D. P., 83. 1. 121. — Civ. cass., 13 juillet 1896, S., 99. 1. 182, D. P., 97. 1. 74.

(2) Merlin, *Répert.*, v° Pacte *de quota litis*, et v° *Droits litigieux*, n. 3 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 322 *in fine* et 323, texte et note 12, 5e édit., p. 552 *in fine* et 553, texte et note 12 ; Demolombe, XXIV, n. 378 ; Mollot, *Règles de la profession d'avocat*, I, p. 123-124 ; Cresson, *Abrégé des usages et règles de la profession d'avocat*, p. 149 ; Laurent, XXIV, n. 60. — Civ. rej., 22 avril 1898, D. P., 98. 1. 415.

(3) Laurent, XVI, n. 148 ; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 550 *in fine* et 551. — Applications en matière d'enregistrement, Bourges, 10 mars 1830, joint à Req., 26 août 1831, S., 31. 1. 305, D. *Répert. alph.*, v° *Enregistrement*, n. 5123. — Bourges, 31 mars 1838, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 594. — Toulouse, 2 mars 1870, joint à Req., 13 mars 1870, D. P., 72. 1. 255. — Paris, 16 décembre 1875, S., 78. 2. 831, D. P., 76. 2. 223. — En matière de contributions indirectes, Limoges, 18 août 1879, D. P., 80. 2. 131, et, sur pourvoi, Req., 8 novembre 1880, S., 80. 1. 248, D. P., 81. 1. 115.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 323, 5e édit., p. 554, texte et note 15 ; Demolombe, XXIV, n. 378 ; Laurent, XVI, n. 140 et 141. — Bourges, 11 août 1826, S., 28. 2. 135. — Civ. rej., 18 juin 1828, S. chr., IX. 1. 112. — Req., 2 avril 1851, D. P., 54. 5. 119. — Douai, 13 mai 1851, S., 51. 2. 733, D. P., 52. 2. 27. — Nancy, 23 juin 1851, D. P., 53. 2. 99. — Douai, 22 mars 1862, S., 63. 2. 112, D. P., 63. 2. 149. — Nancy, 15 décembre 1874, S., 75. 2. 88, D. P., 75. 5. 272. — Civ. rej., 13 janvier 1879, S., 79. 1. 198, D. P., 79. 1. 77. — Req., 11 février 1879, S., *loc. cit.*, D. P., 79. 1. 345 (V. le rapport de M. le conseiller Lepelletier).

(5) Metz, 26 juillet 1856, S., 58. 2. 37, D. P., 58. 2. 87, et, sur pourvoi, Civ. rej., 11 mai 1858, S., 58. 1. 747, D. P., 58. 1. 219. — Civ. cass., 25 mai 1868, S., 69. 1. 207, D. P., 69. 1. 277. — Nancy, 8 décembre 1885, joint à Civ. rej., 4 juil-

10° Enfin il est également certain qu'on doit considérer comme inexistante la cession d'une maison de tolérance [1].

Il faut appliquer la même solution à la cession d'une maison de jeu [2].

310 I. Il est arrivé assez souvent qu'une personne a stipulé une rémunération pour faire obtenir, au moyen de son influence personnelle ou de ses relations, un résultat qui dépendait du gouvernement, d'une administration de l'Etat ou d'une autorité publique. Les promesses faites dans ces conditions sont dénuées de tout effet, comme ayant une cause illicite [3] : « Une telle convention, — dit le tribunal de Tou-

let 1888, S., 91. 1. 113, D. P., 89. 1. 357. — Paris, 14 janvier 1889, D. P., 90. 2. 289 ; 6 juillet 1893, S., 94. 2. 100, D. P., 94. 2. 16.

(1) Civ. rej., 15 déc. 1873, S., 74. 1. 241, note de M. Esnest Dubois, D. P., 74. 1. 222. — Caen, 29 juil. 1874, S., 75. 2. 298, D. P., 75. 2. 127. — Trib. de Joigny, 2 août 1888, joint à Paris, 14 décembre 1889, D. P., 90. 2. 189. — Poitiers, 9 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1, *Suppl.*, 54. — Req., 1er avril 1895, D. P., 95. 1. 263. — Trib. com. Saint-Etienne, 22 juil. 1897, *Mon. Lyon*, 28 juil. 1897. — Trib. civ. Beauvais, 3 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 499. — Paris, 9 janvier 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1, *texte non publié*. — Cpr. Douai, 24 oct. 1887, S., 90. 2. 99. — V. aussi pour la nullité de la location d'un immeuble consentie en vue de l'exploitation d'une maison de tolérance, Bourges, 13 juin 1889, D. P., 89. 5. 329. — Alger, 15 novembre 1893, D. P., 94. 2. 528. — Lyon, 24 septembre 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 7. — Angers, 29 mars 1897, *Loi*, 12 avril 1897. — Paris, 26 décembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 132. — V. aussi Angers, 9 mai 1894, D. P., 95. 2. 21. — Nullité des conventions intervenues entre personnes exerçant la prostitution, Limoges, 30 avril 1888, D. P., 89. 2. 38. — Trib. paix d'Alger, 3 avril 1901, *Loi*, 9 mai 1901. — Il a été décidé logiquement que, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, l'estimation faite dans le contrat de mariage, d'un fonds de commerce appartenant à la femme et consistant dans l'exploitation d'une maison de tolérance, ne saurait valoir vente de ce fonds de commerce au mari. — Grenoble, 5 nov. 1895, D. P., 96. 2. 253. — Mais la vente d'un immeuble où est exploitée une licence de tolérance est valable si l'usage de cet immeuble, quoique cédé par le même acte que la licence, n'était pas, dans l'intention des parties, « indissolublement lié à l'emploi de la licence vendue ». — Paris, 14 déc. 1889, précité.

(2) Pau, 31 janv. 1889, S., 89. 2. 52, D. P., 90. 2. 228. — Il faut en dire autant de la convention relative au partage du produit des jeux dans un cercle. — Paris, 19 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 171. — V. dans le même sens Toulouse, 15 nov. 1897, *Loi*, 20 janv. 1898. — Trib. com. Riom, 1er nov. 1898, *Rec. Riom*, 1898-1899, 133. — V. aussi, relativement aux conventions ayant pour objet l'exploitation de jeux de hasard, Cass. belg., 19 nov. 1891, *Pasicr.*, 1892. 1. 18. — Paris, 5 juin 1901 (nullité d'une convention ayant pour objet l'exploitation du jeu dit « des petits chevaux »), D. P., 1903. 2. 10. — Liège, 22 mars 1902, *Pasicr.*, 1902. 2. 308. — Cass. belg., 4 juin 1903, *Pasicr.*, 1903. 1. 275.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Cause des obligations*, § 2 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 322, 5e édit., p. 552 ; Demolombe, XXIV, n. 378 ; Laurent, XVI, n. 128.

louse, dans un jugement du 21 juillet 1870, souvent cité —, est illicite et contraire à l'ordre public, toute indemnité, quelle que soit sa nature, attachée à des démarches qui ont pour objet l'intervention d'un acte de justice ou de munificence, de la part de l'Etat, étant proscrite comme propre à entraver son indépendance, à gêner son pouvoir ou même à avilir, à son insu, l'usage qu'il en doit faire » (1).

Est donc radicalement nul par suite du caractère illicite de sa cause l'engagement de rémunérer une personne des sollicitations adressées par elle ou, sur sa demande, par des tiers à une administration publique, par exemple à un ministère, pour obtenir des commandes (2), des concessions (3), des places ou emplois (4), la liquidation de créances sur l'Etat (5).

A plus forte raison faut-il refuser tout effet à la convention par laquelle on stipule une somme d'argent pour faire obtenir au promettant la remise ou la commutation d'une peine, par exemple d'une peine d'emprisonnement, encourue par celui-ci. La justice ne saurait sanctionner une obligation ayant pour cause l'engagement réciproque de faire intervenir des personnes qui ont accès dans les bureaux de la Chancellerie et qui, dans l'intérêt du condamné, useront de leur crédit auprès du chef de l'Etat (6).

311. Dans beaucoup d'autres cas, le caractère illicite de la cause n'éclate pas avec autant d'évidence (7). Un des plus inté-

(1) Joint à Req., 2 avril 1872, S., 73. 1. 217, D. P., 73. 1, 65.

(2) Aix, 3 juillet 1900 (démarches auprès de l'administration de la marine en vue de faire obtenir des fournitures de peintures sous-marines pour la carène des navires), *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 245, et, sur pourvoi, Req., 5 fév. 1902, S., 1902. 1. 389, D. P., 1902. 1. 158, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 352. — V. aussi Paris, 19 avril 1858 (démarches auprès de l'administration de la guerre, en vue de faire obtenir des commandes de conserves pour l'armée), S., 58. 2. 366, D. P., 58. 2. 160.

(3) Toulouse, 21 juil. 1870, précité. — Paris, 31 déc. 1903 (intervention auprès du ministre des colonies pour faire approuver la cession d'une concession de service de transports à Madagascar et auprès d'un conseil général, pour faire concéder par celui-ci des lignes de tramways), *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 723.

(4) Colmar, 25 juin 1834 (sollicitations à l'effet d'obtenir une place pour le promettant), S., 34. 2. 661, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 643-2°.

(5) Civ. rej., 20 mai 1828, S., 28. 1. 348, D., *op.* et v° *cit.*, n. 643-1°.

(6) Trib. civ. de Sedan, 23 mai 1900, D. P., 1901. 1. 203.

(7) Les décisions suivantes nous paraissent à l'abri de toute critique : 1° la convention par laquelle une personne s'engage à payer une somme d'argent à son frère

ressants concerne les agences matrimoniales. Les courtiers matrimoniaux, comme on les appelle, sont des entremetteurs de mariage, mais des entremetteurs salariés. Ils préparent les mariages en fournissant aux futurs les moyens de se rencontrer, en négociant au besoin, et, au moins pour le cas de succès, ils stipulent une rémunération qui est ordinairement fixée à tant pour cent du montant de la dot. Mais il est arrivé plusieurs fois que, le mariage une fois conclu, l'entremetteur s'est vu refuser son salaire et qu'il a dû, en conséquence, exercer une action en justice pour en obtenir le paiement. La jurisprudence ne s'est pas en général montrée favorable aux prétentions des entremetteurs; plusieurs décisions judiciaires, dont une émanée de la cour de cassation, ont déclaré inexistante comme ayant une cause illicite l'obligation dont ils demandaient l'exécution (1).

Cependant, si on laisse de côté la question de sentiment pour ne s'occuper que de la question de droit, il semble bien difficile de condamner les courtiers matrimoniaux sur le terrain de la *cause*. Analysons la convention. Quel est le but

pour qu'il décide leur mère, dont il est l'enfant préféré et qu'il domine complètement, à faire entre eux, de son vivant, un partage de tous ses biens, par portions égales, est nulle comme ayant une cause illicite. — Poitiers, 28 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 114; — 2° le consentement des père et mère au mariage de leurs enfants devant être un acte libre et réfléchi, l'obligation de somme d'argent qu'un fils contracte envers ses père et mère pour en obtenir ledit consentement est nulle comme ayant une cause contraire à la morale et à l'ordre public. — Trib. paix Rive-de-Gier (Loire), 9 avril 1898, *Mon. Juges de paix*, 1898, 410.

(1) Civ. rej., 1er mai 1855, S., 55. 1. 337, D. P., 55. 1. 147 (V. dans ces deux recueils le célèbre rapport de M. le conseiller Laborie. Cette œuvre fort remarquable renferme un exposé très clair et très saisissant de l'historique et des arguments en sens divers). — *Adde* Poitiers, 9 mars 1853, S., 53. 2. 653, D. P., 55. 2. 211 (c'est sur le pourvoi formé contre cet arrêt qu'a été rendue la décision précitée de la cour de cassation). — Paris, 3 fév. 1859, S., 59. 2. 295, D. P., 59. 2. 112; 8 fév. 1862, S., 62. 2. 377. — Nîmes, 22 juin 1868, S., 68. 2. 270, D. P., 69. 2. 58. — Paris, 11 janv. 1884, S., 84. 2. 132. — Nîmes, 18 mars 1884, S., 84. 2. 100, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 179, p. 158, note 1. — Aix, 19 oct. 1886, *Rec. d'Aix*, 1886, p. 127. — Paris, 29 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 523; 27 oct. 1892 (motifs), S., 93. 2. 24, D. P., 93. 2. 271. — Besançon, 6 mars 1895, S., 95. 2. 196, D. P., 95. 2. 223. — Paris, 13 nov. 1897, *Droit*, 5 janv. 1898. — Pau, 9 août 1904, S., 1905. 2. 15. — V. encore Trib. civ. Lyon, 17 juil. 1896, *Mon. jud. Lyon*, 14 déc. 1896. — Trib. Seine, 1er mars 1904, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1904. 2. 170, *Droit*, 16 juil. 1904; 15 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 457, *Droit*, 16 juil. 1904, *Loi*, 31 mars 1904. — Dans le même sens Cass. Turin, 25 sept. 1883, S., 84. 4. 20.

immédiat que se propose d'atteindre celui qui souscrit une obligation au profit d'un entremetteur de mariage? C'est d'arriver à contracter mariage par les soins de celui-ci, qui s'engage à préparer les voies et moyens en vue de l'obtention de ce résultat. Ainsi l'obligation que l'on contracte envers l'entremetteur a pour cause l'obligation qu'il contracte de son côté, moyennant salaire, de ménager à son client les entrevues, les pourparlers dont ce dernier a besoin. Que voit-on là d'illicite, non seulement dans la cause de l'obligation, mais même dans son motif? Les mariages ne se concluent guère que par le moyen d'intermédiaires; seulement la plupart du temps les intermédiaires agissent gratuitement. Nul ne songe alors à critiquer leur rôle, ni la conduite des futurs époux qui les mettent en mouvement. Le rôle de l'intermédiaire deviendrait-il donc illicite par cela seul qu'il est salarié? — A cela qu'oppose-t on?

Voici les arguments de la cour suprême : « ...Le mariage étant, *dans le système de notre législation,* un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société, dont il est la base essentielle, le consentement des époux qui s'unissent ou des parents qui ont autorité sur eux, doit être libre, éclairé, et, par conséquent, affranchi de toute influence étrangère et intéressée à agir sur la détermination des uns ou des autres; ...tout ce qui serait de nature à compromettre ou à altérer la moralité et la liberté du consentement, est par cela même contraire au vœu de la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs... Il en est ainsi d'une convention par laquelle un tiers, s'engageant à employer ses soins et ses démarches pour un mariage, stipule en retour, sous la condition de réussir, une prime calculée moins en raison des soins et des démarches promis qu'en vue du succès et selon l'importance du résultat ...Aux relations destinées à préparer l'*indissoluble* société dans laquelle chacun des époux apporte, avec ses biens, sa personne même et sa vie tout entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic... Pour assurer le succès qui est la condition de la prime

stipulée, cet agent pourrait, même sans fraude, peser directement ou indirectement sur le consentement des époux où de leurs parents, en agissant de façon à dissimuler ou à prévenir, à atténuer ou à combattre les causes même les plus légitimes d'hésitation ou de refus » (1).

Mais il résulte uniquement de tout cela que la Cour suprême a été dominée par la considération d'éventualités, de simples possibilités. A notre avis elle n'aurait pas dû se placer à ce point de vue : est-il donc impossible que l'entremetteur salarié agisse loyalement? S'il s'est borné à donner au futur époux des indications, exactes d'ailleurs, à faciliter des entrevues, à faire naître des occasions de se rencontrer..., pourquoi donc lui opposerait-on une fin de non-recevoir, quand il vient réclamer l'exécution de l'obligation librement souscrite à son profit? En pareil cas, l'immoralité, la déloyauté est-elle bien de son côté? Qu'on se montre sévère à l'égard de l'entremetteur, qu'on lui refuse toute action pour le paiement de son salaire, quand il est démontré qu'il a commis quelque fraude dans l'accomplissement de sa mission et qu'il a ainsi causé un préjudice à son client plutôt qu'il n'a véritablement servi ses intérêts, nous l'admettrons bien volontiers; mais poser en principe que l'obligation contractée envers l'entremetteur est nulle comme ayant une cause illicite, voilà ce qu'il ne nous paraît pas possible d'admettre (2).

(1) Civ. rej., 1er mai 1855, précité. — Dans le même sens, Aubry et Rau, 4e édit., p. 323, 5e édit., p. 553; Demolombe, XXIV, n. 335; Larombière, I, p. 326 (art. 1133, n. 11); Laurent, XVI, n. 150; Bufnoir, *op. cit.*, p. 541 *in fine*.

(2) V. dans ce sens, la consultation délibérée par Delangle, Berryer, Marie, Paillard, de Villeneuve, Duvergier, Léon Duval, de Valimesnil, Odilon Barrot, S., 53. 2. 653, D. P., 53. 2. 211; Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, II, 1re éd. (1883), n. 818, 2e édit., n. 853, 3e édit. et suiv., n. 852; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 2e édit., II, n. 3149; Wahl, *Le courtage matrimonial, Rev. trim. de dr. civ.*, 3e année (1904), p. 472-492. — Trib. de Lizieux, 21 janvier 1903, S., 1903, 2. 182, *Gaz. Pal.*, 1903, 1. 286. et *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1903. 1. 185.— V. aussi Trib. com. de la Seine, 6 novembre 1883, réformé par l'arrêt de Paris, du 11 janvier 1884, précité. — On peut invoquer, en outre, pour la validité, plusieurs jugements antérieurs à l'arrêt de cassation de 1855. V. Trib. de la Seine, 6 janvier 1830, *Gaz. des Trib.*, 7 janvier 1830. — Trib. de Bourgoin, 10 juillet 1843, Trib. du Mans, 28 août 1850, Trib. de Saint-Girons, 2 juin 1851, Toulouse, 23 août 1848 et 24 mars 1853, cités dans le rapport de M. le conseiller Laborie, S., 55. 1. 342, col. 2, D. P., 55. 1. 149, col. 1. — *Adde*, Saredo, *Del prossenetico matri-*

La cause de cette obligation, puisque la convention est synallagmatique, c'est la promesse que l'entremetteur a faite de mettre l'autre partie en situation de contracter mariage, si bon lui semble. Une pareille cause n'est certainement pas immorale (1).

Il faut bien remarquer, d'ailleurs, que l'arrêt du 1er mai 1855 n'a pas la portée absolue qu'on lui a souvent attribuée. Il ne réprouve le courtage matrimonial que si la rémunération a été stipulée « *sous la condition de réussir* », « *en vue du succès* » (2). Le courtier, en effet, n'a pas intérêt à peser sur le consentement des parties quand la prime doit lui être payée même en cas d'insuccès (3).

La question a été posée de nouveau, tout récemment, devant la cour de cassation. Le pourvoi était formé contre un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 5 novembre 1900, qui affirmait très nettement le caractère illicite du courtage

moniale nel diritto civile italiano, Legge, 1878. 3. 5; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, quarta edizione (Firenze, 1895), III, n. 384, p. 474; D. Alexandresco, *Dreptul civil roman* (*Droit civil roumain*), V, p. 142, 350, note 3, et *Dreptul* (*Le Droit*), 1899, n. 63. — Citons encore, dans le même sens, la jurisprudence italienne (sauf l'arrêt de Cass. Turin, 25 septembre 1883, précité). — V. Cass. Naples, 30 décembre 1899, *Legge*, 1900. 1. 299. — Cass. Turin, 4 décembre 1900, S., 1903. 4. 14, *Mon dei trib.*, 1901, p. 168, *Legge*, 1901, p. 333. — Cass. Naples, 10 oct. 1903, S., 1905. 4. 5, *Monit. dei trib.*, 1904, p. 203. — *Adde* Naples, 26 août 1901, *Monit. dei trib.*, 1901, p. 992. — Gênes, 5 juin 1903, *Monit. dei trib.*, 1903, p. 668. — Bologne, 18 avril 1904, S., 1905. 4. 5. — Citons également, toujours dans le sens de la validité, Cass. Roumanie, 19 janvier 1899, S., 1901. 4. 37. (Autrefois la législation roumaine proscrivait formellement le courtage matrimonial). — En Belgique, la jurisprudence est encore indécise. Dans ce pays, d'ailleurs, la question paraît n'avoir été résolue jusqu'ici que par les tribunaux d'appel, qui se sont divisés. V., pour la validité, Trib. de Mons, 29 mars 1873, *Belg. judic.*, 1873, p. 635. — Trib. d'Anvers, 14 mars 1894, *Pasicr.*, 94. 3. 171. — Trib. de Nivelles, 11 février 1902, S., 1902. 4. 241, *Loi*, 17 mai 1902. — Pour la nullité, Trib. de Bruxelles, 31 janv. 1883, *Pasicr.*, 85. 3. 23. — Trib. de Bruges, 28 février 1898, *Pasicr.*, 98. 3. 42.

(1) Les adversaires de la théorie de la cause feraient observer que, pour se prononcer sur l'existence de l'obligation consentie au profit de l'entremetteur, il faut rechercher, non pas si la cause de cette obligation est illicite, mais bien si l'objet du contrat présente ce caractère, l'obligation dont il s'agit tombant avec le contrat lui-même en cas d'affirmative. Plaçons-nous à ce point de vue. Quel est l'objet du contrat dont nous parlons? Des soins à donner, des démarches à faire pour faciliter un mariage : quoi d'immoral dans cet objet?

(2) V. Wahl, *op. cit.*, n. 16; *Rev. trim. de dr. civ.*, 3e année (1904), p. 487.

(3) *Sic* Larombière, n. préc., p. 528 *in medio*.

matrimonial : « Attendu, disait-il, que le principe posé par la jurisprudence de l'immoralité des négociations matrimoniales à prix d'argent *ne saurait comporter d'exceptions;* que X... ayant précisément pour profession celle d'agent matrimonial, toutes les démarches faites par lui sont *par définition* de celles que réprouvent la dignité et la liberté du mariage... ». Puis, se plaçant à un point de vue secondaire, la cour de Toulouse ajoutait : « Attendu que X... ne justifie, *en dehors* de cette cause, par elle-même illicite, d'aucun débours sérieux, d'aucun service pouvant justifier un salaire » (1).

Devant la chambre des requêtes, M. l'avocat général Feuillolley a soutenu, avec une grande vigueur de raisonnement, l'admissibilité du pourvoi. Voici un passage de ses remarquables conclusions : « Tout dans nos lois est fait pour favoriser le mariage. L'état de mariage est l'état par excellence au triple point de vue religieux, moral, social et économique. — Comment donc le fait de faciliter le mariage, de mettre en rapport deux familles, de procurer une compagne à l'homme qui veut fonder une famille, un protecteur et un soutien à la femme qui veut s'asseoir à un foyer avec la dignité d'épouse et de mère, peut-il être déclaré *a priori, ipso facto,* un acte contraire aux bonnes mœurs, aux lois ou à l'ordre public? Mais c'est tout le contraire! *a priori* et en principe c'est un acte méritoire et qui ne saurait être envisagé avec trop de faveur. — Est-ce que ce fait méritoire, souhaitable, moral, va nécessairement changer de nature parce que l'intermédiaire n'aura pas été désintéressé? Mais non! On peut, en étant intermédiaire désintéressé du mariage, accomplir un acte détestable. On peut, en étant intermédiaire intéressé, accomplir un acte excellent ». Ainsi la réprobation que la jurisprudence française témoigne aux courtiers matrimoniaux se comprend d'autant moins qu'il rentre dans l'esprit général de notre législation de favoriser les mariages et que, par suite, l'intervention de ces entremetteurs doit être considérée comme utile et désirable.

Enfin, aujourd'hui, la thèse contraire aux entremetteurs

(1) S. et D. P. joint à Civ. rej., 20 avril 1904, postcité.

est encore moins soutenable qu'en 1855. Le principe de l'indissolubilité du mariage constituait la principale base de la décision rendue par la chambre civile à cette époque : « Le mariage étant, *dans le système de notre législation,* un engagement *irrévocable,* etc. ». Ainsi s'exprimait cet arrêt. Il ajoutait : « Aux relations destinées à préparer l'*indissoluble* société dans laquelle chacun des époux apporte, avec ses biens, sa personne même et sa vie tout entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation... ». Depuis le rétablissement du divorce, cette base fait défaut. Comme l'a très bien dit M. l'avocat général Feuilloley, en terminant sur ce point : « Autre temps, autres mœurs. Autres mœurs autre législation. Autre législation, autre jurisprudence » (1).

La chambre des requêtes a fait droit aux conclusions de cet éminent magistrat. Mais la chambre civile a évité de résoudre la difficulté. Par son arrêt du 20 avril 1904, elle a rejeté le pourvoi, en interprétant d'une façon très contestable le motif donné accessoirement par la cour de Toulouse : « Attendu, dit-elle, qu'il est constaté souverainement en fait par la cour d'appel que « X... ne justifie d'aucun débours sérieux, d'aucun service pouvant justifier le salaire qu'il réclame » ; — Attendu que ces motifs suffisent pour donner une base légale à la décision qui a rejeté la demande » (2). La chambre civile raisonne comme si, d'après la cour de Toulouse, le contrat de courtage matrimonial n'avait pas été exécuté, hypothèse dans laquelle, évidemment, la rémunération n'aurait pas été due, alors même qu'on eût considéré ce contrat comme licite. Mais telle n'est point la portée de l'arrêt d'appel. La cour de Toulouse n'a point nié que le contrat de courtage matrimonial eût été exécuté ; pour ne pas lui donner effet, elle se fonde uniquement sur son prétendu caractère illicite. Elle dit simplement ensuite qu'*en dehors* de l'exécution de ce contrat, le courtier n'a accompli aucun acte pouvant justifier un salaire. Mais le fait même que la cham-

(1) *Gaz. Pal.* du 14 nov. 1902.
(2) S., 1905. 1. 281, D. P., 1904. 1. 420.

bre civile a cru devoir laisser notre question en suspens nous autorise à penser qu'elle a des doutes sérieux sur la valeur des raisons invoquées dans son arrêt de 1855 (1).

311 I. Trois observations achèveront de prouver que notre système ne présente point les dangers qu'on lui attribue.

α. D'abord le contrat de courtage matrimonial, comme tous les autres contrats, serait annulable si le consentement de l'une des parties était entaché d'un vice, notamment si des manœuvres frauduleuses pratiquées par le courtier avaient déterminé le client à traiter avec lui (2).

β. De plus l'entremetteur devrait des dommages-intérêts à son client, s'il lui avait causé un préjudice en dissimulant une tare morale ou même en exagérant le chiffre de la fortune du futur conjoint (3).

Il serait même tenu d'indemniser ce dernier s'il l'avait trompé sur l'état physique ou sur la situation pécuniaire de son client (4).

γ. En fait si la jurisprudence admet la validité du courtage matrimonial, les abus seront d'autant moins à craindre que, d'après elle, les agents d'affaires (par conséquent les courtiers matrimoniaux) sont des mandataires et qu'elle se reconnaît, en conséquence, le droit de réduire le salaire qui leur a été promis par avance, s'il lui paraît exagéré (5).

311 II. D'après plusieurs jugements et arrêts, s'il faut refuser au courtier matrimonial toute action en paiement de la rémunération promise, il convient, du moins, de l'indemniser soit de ses dépenses, soit de ses peines et soins (6). Laurent fait une objection très sérieuse. On ne peut agir en justice qu'en vertu d'un fait licite. Or le fait dans lequel l'entremetteur prétend puiser le principe de son action en indemnité, est illicite puisque c'est l'exécution d'un contrat répudié par

(1) V. la note dans S., *ubi supra*.
(2) Wahl, *op. cit.*, n. 19 *in fine*, p. 489. — Gênes, 5 juin 1903, précité.
(3) Wahl, *op. cit.*, n. 19, p. 488-489.
(4) Wahl, *op. cit.*, n. 20, p. 490 *in fine*.
(5) Wahl, *op. cit.*, n. 21, p. 491.
(6) Trib. de Nîmes, joint à Nîmes, 22 juin 1868, S., 68. 2. 270, D. P., 69. 2. 58. — Nîmes, 18 mars 1884, Aix, 19 oct. 1886, Paris, 29 juin 1891 (sol. impl.), Trib. de Lyon, 17 juil. 1896, précités. — Cpr. Caen, 31 avril 1866, S., 67. 2. 56.

la morale. On ne saurait donc lui accorder une indemnité à raison de ses démarches et dépenses [1]. Ce raisonnement nous paraît décisif : si l'on pense avec Laurent que le courtage matrimonial est contraire à l'intérêt social et à l'ordre public, on doit accepter la conséquence qu'il déduit ici de cette proposition [2].

312. A plus forte raison ne verrons-nous rien d'illicite dans l'engagement pris envers un chercheur de successions de lui abandonner une quote-part de l'hérédité ou du legs qu'il découvrirait au profit du promettant [3]. Sans doute cette obligation n'a de cause que si, en l'absence de la convention dont nous parlons, il eût été impossible ou au moins très difficile pour le promettant d'avoir connaissance de ses droits et d'en établir l'existence [4]. Mais, en supposant cette condition remplie, l'obligation est valable; sa cause n'est point illicite, puisqu'elle consiste dans l'engagement que le chercheur de successions prend, de son côté, envers l'autre contractant, de lui rendre un service important en lui donnant le moyen de connaître et de recueillir l'hérédité ou le legs [5].

312 I. Jusqu'à ces derniers temps, la jurisprudence a décidé que la convention intervenue entre le directeur d'un théâtre et un entrepreneur de succès dramatiques (contrat

(1) Laurent, XVI, n. 151.

(2) V. Wahl, *op. cit.*, n. 22, p. 491-492.

(3) Demolombe, XXIV, n. 335; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 49, § 754, note 11; Thiroux, *Rev. prat.*, XXIII, année 1867, p. 357; Domenget, *Du mandat*, I, n. 152; Laurent, XVI, n. 119. — Civ. rej., 7 mai 1866, S., 66. 1. 276 (note de M. Boulanger) D. P., 66. 1. 247. — Paris, 12 août 1880, S., 81. 2. 87. — Turin, 29 déc. 1880, S., 81. 4. 22, D. P., 81. 2. 245. — Turin, 9 mai 1882, S., 82. 4. 33, D. P., 82. 5. 12. — Liège, 12 juil. 1893, D. P., 94. 2. 381. — Paris, 12 mars 1894, D. P., 94. 2. 484. — C. de cass. Belgique, 12 juil. 1894, D. P., 96. 1. 4. — Trib. civ. Nantes, 13 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 102. — Bordeaux, 18 juil. 1898. D. P., 99. 2. 95. — Liège, 17 déc. 1902, *Pasicr.*, 1903. 1. 275. — Trib. civ. de Châteaudun, 23 janv. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 318, *Loi*, 1er mars 1903.

(4) Paris, 28 juil. 1879, S., 80. 2. 262. — Dijon, 21 juil. 1880, S., 81. 2. 85, D. P., 82. 2. 115. — Caen, 20 juil. 1898, *Rec. Rouen*, 98. 2. 181. — Bordeaux, 18 juil. 1898, précité. — V. aussi Trib. civ. de Châteaudun, 23 janvier 1903, précité.

(5) Il est toutefois à noter que la jurisprudence réduit la rémunération des chercheurs de successions, si elle lui paraît excessive. — Paris, 17 mai 1867, S., 68. 2. 5. — Trib. civ. Nantes, 13 juin 1898, précité. — V. aussi C. cass. Belgique, 17 janv. 1851, *Pasicr.*, 51. 1. 314; 28 nov. 1889, *Pasicr.*, 90. 1. 27. — Liège, 12 juil, 1893, précité. — V. cependant Trib. civ. de Châteaudun, 23 janvier 1903, précité.

de claque) était radicalement nulle comme contraire à l'ordre public : « On ne peut, a dit notamment la cour de Lyon, admettre comme compatible avec le respect de la saine morale une stipulation dont le but avoué est de provoquer des démonstrations et des applaudissements mensongers, payés à prix d'argent... ; de tels engagements, repoussés par la conscience et la morale, sont également contraires à l'ordre public, puisqu'ils ont pour résultat d'entraver la liberté d'examen des spectateurs ». En un mot, les entrepreneurs de succès s'engagent à violenter le jugement du public payant. La cause de l'obligation contractée envers eux est donc illicite (1).

Le tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 27 juin 1896, a énergiquement défendu la même thèse : « Attendu... qu'un tel contrat... est *essentiellement basé sur le mensonge et la corruption*, etc... » (2). Mais, sur l'appel qui a été interjeté de ce jugement, la cour de Paris, dans un arrêt du 5 avril 1900, a rompu avec cette jurisprudence. Plusieurs des motifs qu'elle invoque n'ont, d'ailleurs, aucune portée : « Considérant, en effet, en ce qui touche l'ordre public, qu'il est constant que la claque existe dans presque tous les théâtres, et que l'administration et, à Paris, le préfet de police, ayant la mission de maintenir l'ordre public, ne se sont pas opposés à l'organisation de ce service spécial qui fonctionne sous la surveillance des agents de l'autorité, qui aurait le droit incontestable de le supprimer s'il constituait un danger pour l'ordre public ». Ce premier motif est évidemment d'une extrême faiblesse. La façon dont l'administration et la police se comportent en présence de l'exécution d'une convention laisse entière la question de savoir quelle est la valeur juridique de celle-ci. Alors même que l'administration et la police ne s'opposent pas à l'exécution des cessions de maisons de tolérance, la jurisprudence ne dé-

(1) Lyon, 25 mars 1873, S., 73. 2. 179, D. P., 73. 2. 68. — *Adde* Agnel, *Code des artistes dramatiques*, n. 145. — Paris, 3 juin 1839, J. P., 40. 1. 700 ; 4 avril 1840, S., 41. 1. 623, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 638, note 2, J. P., *ibid.* — Trib. com. Seine, 23 sept. 1852, S., 53. 2. 499, D. P., 53. 5. 450. — Paris, 23 juil. 1853, J. P., 53. 2. 144, D. P., 53. 5. 450.

(2) *Gaz. Pal.*, 96. 2. 408, S., 1900. 2. 144, D. P., 1903. 2. 279.

cide-t-elle pas que les obligations nées de ces contrats ont une cause illicite ? La cour ajoute : « Considérant que la claque ne peut être considérée comme contraire aux bonnes mœurs et portant atteinte à la liberté d'examen du public payant ; qu'en effet, il résulte des documents versés au débat que les applaudissements qui se produisent à certains moments déterminés à l'avance, le plus souvent dans le but de faire ressortir un passage de l'œuvre sur lequel l'attention du public est spécialement appelée, ne portent aucune atteinte à la libre appréciation des spectateurs ». Nous répondons que si le passage est vraiment bon, le public saura bien lui-même le remarquer, et que, si l'on prend la précaution de le lui signaler, cela ne peut être que pour forcer les applaudissements. La raison qui est invoquée ensuite est tout aussi faible : « Que, sur ce point, il est utile de retenir cette observation que la Société des compositeurs et auteurs dramatiques, qui perçoit une redevance sur toutes les places dans les théâtres, renonce à tout prélèvement sur les places affectées au service de la claque sur lesquelles les droits d'auteurs ne sont pas réclamés ; qu'il y a là une preuve que la claque est jugée utile par ceux-là qui sont, plus que tous autres, à même d'apprécier son action ». Il suffit de faire observer que les compositeurs et auteurs sont les premiers intéressés à ce qu'on illusionne le public. Le dernier *considérant* nous paraît seul renfermer un sérieux argument à l'appui du revirement de jurisprudence : « Qu'en outre il est reconnu que, pour les interprètes des œuvres dramatiques, la claque est nécessaire pour les aider à vaincre l'émotion et les difficultés inhérentes à la représentation, devant le public, d'ouvrages nécessitant l'emploi de toutes leurs forces et de tout leur talent, pour lesquels ils doivent être en pleine possession de tous leurs moyens ; qu'en outre les applaudissements, se produisant à certains moments, donnent aux acteurs quelques instants d'un repos indispensable, au moment où cet arrêt dans l'exécution ne peut produire aucun mauvais effet et ne peut nuire à l'appréciation du public » (1). Si l'on ne retient que ce dernier

(1) S. et D. P., *ibid.* — V. aussi *Rev. trim. de dr. civ.*, 2e année (1903), p. 884.

motif, on dira que le directeur de la claque s'oblige à faciliter la représentation en assistant et soulageant les acteurs : cette obligation n'a rien qui soit contraire aux lois ni aux bonnes mœurs; la cause de l'obligation réciproque n'est donc pas illicite.

313. C'est l'obligation sur cause illicite que l'art. 1131 déclare sans effet. Il en est autrement de l'obligation dont le motif seulement est illicite. Ici donc apparaît encore l'utilité de la distinction entre la cause et le motif. Cette distinction est nettement établie dans quelques décisions judiciaires ([1]). Mais beaucoup d'autres l'ont perdue de vue et la confusion a engendré des décisions véritablement fantastiques. N'a-t-on pas vu le tribunal de commerce de la Seine refuser, sur le fondement de la cause illicite, tout effet à l'obligation contractée par le tenancier d'une maison de tolérance pour

([1]) Nous citerons avant tout un arrêt rendu le 6 février 1885 par la 4e chambre de la cour de Bordeaux. Voici la partie importante de cette excellente décision : « Attendu que, devant la Cour, les époux X... soutiennent que l'obligation dont l'exécution leur est réclamée, aurait une cause illicite, les fournitures à eux faites (étoffes de soie et divers objets de lingerie) étant destinées à l'exploitation de leur maison de tolérance; — Attendu que des termes mêmes dans lesquels les appelants formulent leur prétention, il résulte que ce ne serait point la cause, mais seulement le motif de l'obligation qui serait immoral et illicite; qu'en effet, il est sensible que les fournitures qui leur ont été faites sont la seule et vraie cause des engagements par eux contractés; — Attendu que la loi ne frappe de nullité que l'obligation dont la cause est illicite; qu'il n'y a donc pas à se préoccuper des motifs qui l'ont déterminée; que le législateur n'a point voulu entrer dans une voie qui eût été pleine de périls; qu'il n'a pas subordonné la validité des conventions régulièrement formées à une question d'intention, le plus souvent aussi délicate que difficile à résoudre ». S., 86. 2. 16, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 189, p. 159, note 2. — Il est regrettable que cet arrêt si judicieusement motivé n'ait pas empêché la jurisprudence de verser à nouveau dans l'erreur qu'elle avait si souvent commise à propos d'obligations résultant de fournitures faites à des maisons de tolérance. V. la note suivante. — Cependant la plupart des tribunaux qui ont été appelés ultérieurement à statuer sur la question se sont prononcés dans le même sens que l'arrêt précité de Bordeaux. V. Alger, 22 fév. 1898 (fourniture de lingerie), *Rev. d'Alger*, 1898, 111. — Trib. com. Saint-Etienne, 20 avril 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 604. — Rouen, 24 juin 1901 (fourniture de boissons), *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 477. — Trib. com. Seine (travaux d'installation de la lumière électrique dans des locaux à usage de maison de tolérance), 8 novembre 1904, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 122. — N'est pas nulle comme ayant une cause immorale la police ayant pour objet l'assurance d'une maison de tolérance. Amiens, 1er juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 644, et, sur pourvoi, Req., 4 mai 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 394.

acquisition de vins de champagne destinés à être consommés dans son établissement [1]?

La distinction entre la cause et le motif conduit notamment à cette solution : si, comme nous l'avons dit, la promesse faite par un homme à une femme pour la déterminer à nouer ou à continuer avec lui des relations illicites est nulle, l'engagement qu'un homme, pour faciliter la continuation de ses rapports coupables avec une femme, prend

[1] Trib. com. Seine, 1er mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 797. — Dans le même ordre d'idées, nous estimons qu'un domestique n'est point privé du droit de demander le paiement de ses gages par cela seul qu'il est engagé dans une maison de tolérance. L'action en justice ne peut lui être refusée que si la cause immorale de l'obligation dont il poursuit le paiement résulte de la nature des services qu'il a promis de fournir. Cpr. Huc, VII, n. 82, p. 119. — V. cep. Req., 11 nov. 1890, S., 91. 1. 319, D. P., 91. 1. 484. — D'après un jugement du tribunal de Liège, du 14 novembre 1896, est nulle, comme ayant une cause immorale, et, par conséquent, ne saurait avoir aucun effet juridique, la vente à crédit d'un mobilier destiné, au su du vendeur, à garnir une maison de tolérance : « Attendu, porte cette décision, que le marchand qui livre *à crédit* un mobilier à une tenancière de maison de débauche, sachant que ce mobilier est destiné à garnir une maison de ce genre, coopère directement à l'exploitation de la débauche, puisque, sans son intervention, à lui, vendeur, l'établissement de la maison n'eût pas été possible, faute de ressources de la part de la tenancière ». *Pasicr.*, 97. 3. 75. — Cette décision même nous paraît très discutable : Si, vu son importance, la somme stipulée à titre de prix du mobilier devait être considérée comme représentant non seulement la contrevaleur de cette marchandise, mais encore un profit retiré de l'exploitation de la débauche, il convenait de la réduire, mais le marchand avait le droit de la réclamer dans la mesure du prix de vente. — Nous ne saurions davantage approuver deux décisions récentes d'après lesquelles, lorsque des consommations ont été servies à des électeurs par un débitant de boissons en vue de procurer à un candidat les voix de ces électeurs, la cause de l'engagement pris envers ce débitant de lui payer le prix desdites consommations est illicite comme contraire à la fois aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Trib. civ. Tarbes, 14 mars 1899, S., 1900, 2. 219, D. P., 1904. 2. 201. — Trib. civ. de Castelnaudary, 25 juin 1902, D. P., *ibid.* — Toutefois, d'après le premier de ces jugements, les repas fournis par le débitant aux agents électoraux du candidat peuvent être considérés comme compris dans les rétributions que celui-ci paie auxdits agents pour leur nourriture, et, par suite, en ce qui les regarde, l'obligation a une cause licite. Mais, ici encore, il y a confusion entre la cause et le motif. V. Demogue, *Rev. trim. dr. civ.*, 3e année, 1904, p. 854. — D'après le Code civil allemand, est illicite un contrat contenant une vente de fournitures (dans l'espèce, du vin) en vue de l'exploitation d'une maison de tolérance. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 21 janvier 1903, S., 1905. 4. 15. La disposition de l'art. 138 de ce code, aux termes duquel « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul » (traduct. Saleilles, p. 154), est plus large que celles des art. 1131 et 1133 du C. civ. français, qui se bornent à déclarer sans effet l'obligation dont *la cause* est illicite.

envers un fournisseur, créancier de celle-ci, de lui payer ce qui lui est dû par elle, est, au contraire, valable. La cause de cet engagement consiste uniquement, en effet, dans la prestation des fournitures. La continuation des relations illicites du promettant n'est que le motif (1).

314. Le prêt d'argent est une des matières dans lesquelles la jurisprudence a la plus grande tendance à confondre le motif illicite avec la cause illicite. Une personne emprunte une somme d'argent, et, dans son intention, cette somme doit servir à l'acquisition d'une maison de tolérance; l'obligation de l'emprunteur a-t-elle une cause immorale? Non, car la cause de cette obligation n'est autre chose que la numération des deniers prêtés; elle est absolument indépendante de l'emploi de ces deniers. Au surplus, s'il en était autrement, le prêteur pourrait incontestablement exiger que l'emprunteur lui fît connaître l'emploi qu'il se proposerait de faire de la somme prêtée. On ne saurait, en effet, lui refuser le droit de constater si les éléments requis pour la formation du contrat se trouvent réunis. Mais à quelles difficultés n'aboutiraient pas en pratique de pareilles investigations (2)? La cour de Paris a, en conséquence, par un arrêt du 13 février 1877, refusé de déclarer nul le prêt d'une somme d'argent destinée à payer le prix d'une maison de tolérance (3). Mais, beaucoup plus récemment, dans une espèce identique, la même cour, par un arrêt du 26 janvier 1894, et, sur pourvoi, la chambre des requêtes, par une décision du 1er avril 1895, ont estimé que l'obligation de l'emprunteur « avait pour

(1) *Sic* Trib. civ. Seine, 12 déc. 1899, *Loi*, 27 avril 1900; 20 mars 1900, *Droit*, 13 juin 1900, *Pand. franç.*, 1900. 2. 40. — Paris, 10 janv. 1905, D. P., 1905. 2. 158. — *Contra* Nancy, 12 nov. 1904, D. P., 1905. 2. 158, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 12. — Mais le jugement frappé d'appel (Trib. de Nancy, 27 juin 1904) s'était prononcé dans le premier sens. La Cour fait observer que les fournisseurs dont il s'agissait « étaient complètement au courant de cette situation, puisque, en raison de leur profession et de la nature spéciale de la presque totalité de leur clientèle, ils avaient l'habitude de semblables opérations; qu'ils n'ignoraient donc pas que le nantissement qui leur était donné était le prix de l'immoralité et de l'adultère ». Au point de vue juridique cette circonstance importait peu.

(2) *Sic* la note de M. G. Appert dans Sirey, sous Req., 1er avril 1895, postcité.

(3) Paris, 13 fév. 1877, S., 77. 2. 233, D., *Suppl. au Répert. alph.*, vo *Obligations*, n. 189, p. 159, note 1.

cause l'acquisition d'une maison de tolérance », et qu'elle était, par suite, radicalement nulle. La cour de cassation a expliqué, il est vrai, que « chacune des parties contractantes avait pris une part égale à cette convention », et, sans aucun doute, elle entendait exprimer ainsi la proposition que le tribunal de la Seine avait formulée en ces termes : « Il est certain que la destination portée au contrat... s'appliquait principalement à une maison de tolérance et que *les parties avaient cette commune intention* ». Mais cette circonstance que le motif de l'emprunt était connu des deux contractants ne pouvait pas faire que ce motif devînt la cause de l'obligation de l'emprunteur [1]. Cette cause, nous le répétons, consistait dans la tradition des deniers par le prêteur, et ne pouvait pas consister en autre chose.

315. Voici un cas beaucoup plus délicat : Un père fait à son enfant adultérin ou incestueux une donation qui a trop d'importance, nous le supposons, pour pouvoir être considérée comme ayant un caractère alimentaire. Cette donation est-elle nulle comme ayant une cause illicite ?

Deux points sont hors de doute :

1° Si la filiation de l'enfant est légalement constante, ce qui n'arrive que dans des cas assez rares, la donation est nulle, en tant qu'elle excède la limite établie par les art. 762 et 763. Arg. art. 908;

2° La donation est valable, si la filiation de l'enfant n'est pas légalement constante et qu'elle ne soit pas révélée par les termes de l'acte de donation. Le lien qui unit le donateur au donataire est alors légalement ignoré, et tout doit se passer comme si le donateur et le donataire étaient étrangers l'un à l'autre.

[1] Req., 1er avril 1895, S., 96. 1. 289, D. P., 95. 1. 263. — *Adde* Trib. de Bruxelles, 5 décembre 1894, *Pasicr.*, 95. 3. 99. — V. aussi un arrêt du 4 juillet 1892, par lequel la chambre des requêtes a considéré comme nul le prêt d'argent fait par un garçon de cercle à un joueur au cours d'une partie. S., 92. 1. 513, D. P., 92. 1. 500. — Cpr. Colmar, 23 janv. 1841, S., 42. 2. 492. — Paris, 1er avril 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 158. — V. aussi Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 575; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 647 *in fine*. — Sous l'empire du C. civ. allemand (art. 138), le contrat contenant un prêt en vue de l'ouverture d'une maison de tolérance est illicite. — Trib. de l'Empire, 21 janv. 1903, précité.

Mais supposons que la filiation du donataire soit indiquée dans l'acte même de donation. Le donateur a dit : « Je donne » à un tel, *mon fils adultérin* », ou même « *parce qu'il est* » *mon fils adultérin* » : la donation sera-t-elle encore valable? Ce qu'il y a de certain, c'est que la déclaration du père, si formelle qu'elle soit, n'établit pas d'une manière légale la filiation de l'enfant; car la loi déclare inexistante la reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin ou incestueux. Art. 335. Mais on peut se demander si du moins la donation n'est pas nulle comme ayant une cause illicite révélée par l'acte lui-même : avantager un enfant adultérin au delà des limites légales. La cour de cassation l'admet; elle a rendu plusieurs arrêts dans ce sens ([1]). On ne peut que louer l'idée qui a inspiré ces décisions. Elle estime qu'elle ne peut donner effet à un acte qui constitue un défi à la loi. Mais a-t-elle raison de dire qu'une pareille donation est nulle comme ayant une cause illicite? Nous ne le pensons pas. Quelle est la cause d'une donation ? Nous l'avons dit, c'est une pensée généreuse, un sentiment de bienveillance, une idée de libéralité. Comment donc la cause d'une donation pourrait-elle avoir en soi un caractère illicite ? Le but immédiat que poursuit le donateur est de gratifier le donataire : envisagée en soi et indépendamment des motifs qui la déterminent, c'est là une bonne action, et le législateur n'a pu la flétrir en la marquant du stigmate de la cause illicite. Ah ! sans doute, le mobile qui a inspiré le donateur peut-être plus ou moins répréhensible : une donation peut être le prix de complaisances coupables, le fruit de la haine du donateur contre ses héritiers légitimes, la récompense d'un crime... Mais ce sont là les *motifs* de la donation. Ils peuvent varier à l'infini, et nous avons dit que le législateur n'en tient pas compte, tandis qu'il a égard au contraire à la *cause*, qui est immuable, qui sera toujours la même dans un acte de la même nature. Pourquoi le donateur a-t-il fait la donation ? Pour gratifier le donataire.

([1]) Le dernier en date a été rendu par la Chambre des requêtes, le 29 juin 1887, D., 88. 1. 295, S., 87. 1. 358. Cet arrêt décide en outre que la preuve de l'adultérinité de l'enfant ne peut résulter que de l'acte même qui contient la libéralité. Notamment elle ne pourrait pas être puisée dans un testament antérieur révoqué.

Voilà le but immédiat, essentiel que poursuit tout donateur sans exception; assurément il n'a rien d'illicite. Maintenant pourquoi le donateur a-t-il voulu gratifier le donataire? Parce qu'il est son fils adultérin ou incestueux : c'est là le *motif* de la donation; il peut y en avoir mille autres. Celui-là est illicite, nous en convenons volontiers; mais, nous l'avons dit, la loi n'annule que les obligations qui ont une cause illicite, et non celles qui ont un motif illicite.

Au surplus, s'il n'est pas possible de déclarer une donation inexistante, comme ayant une cause illicite, peut-être serait-il possible, dans l'espèce proposée, de le faire par application de l'art. 6, aux termes duquel : « On ne peut » déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». C'est là une autre face de la question; nous nous bornerons à l'indiquer [1].

II. *Sanction soit de l'absence de cause, soit du caractère illicite de la cause.*

316. Quelle est la sanction de l'absence de cause ou du caractère illicite de la cause? — « L'obligation sans cause » ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, *ne peut* » *avoir aucun effet* », dit l'art. **1131**, déjà cité.

De cette formule énergique, les auteurs et la jurisprudence tirent cette conclusion : que l'obligation sans cause ou l'obligation sur une cause vicieuse n'est pas simplement nulle ou annulable, mais radicalement nulle ou *inexistante* [2].

De là, plusieurs conséquences :

a. Tout intéressé peut invoquer le moyen tiré soit de l'absence de cause, soit du vice de la cause [3].

Le juge peut décider, même d'office, qu'une obligation est radicalement nulle comme ayant une cause illicite; peu importe que le moyen de nullité, qui est d'ordre public, n'ait pas été opposé par le défendeur [4].

(1) V. Bufnoir, *op. cit.*, p. 543-546.

(2) Civ. cass., 25 avril 1887, S., 87. 1. 149, D. P., 87. 1. 397. — C'est ce qui est expliqué d'ailleurs dans le rapport du tribun Favart. V. Fenet, XIII, p. 319; Locré, XII, p. 428, n. 24.

(3) Civ. cass., 25 avril 1887, précité.

(4) Bruxelles, 18 mars 1902, *Pasicr.*, 1902. 2. 317.

Mais l'exception tirée de l'application de l'art. 1131 ne doit être soulevée d'office par les tribunaux que dans le cas où le caractère illicite de l'obligation ressort clairement du contrat litigieux (1).

b. L'obligation, dans l'hypothèse dont il s'agit, n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification soit expresse, soit tacite. Il en résulte notamment que la prescription de dix ans de l'art. 1304 ne serait pas ici applicable ; car elle ne constitue, comme on le verra, qu'un cas particulier de ratification tacite.

c. Enfin ce qui a été payé en exécution d'une semblable obligation pourra être répété (2).

III. *De la preuve de la cause.*

317. Dans notre droit, les conventions sont valables, en principe, indépendamment d'un acte écrit qui les constate.

(1) Toulouse, 19 juil. 1900, *Gaz. Midi*, 12 août 1900.

(2) Civ. rej., 11 fév. 1884, S., 84. 1. 265, D. P., 85. 1. 99. — Civ. cass., 25 janv. 1887, S., 87. 1. 224, D. P., 87. 1. 465. — Caen, 18 janv. 1888, S., 90. 2. 97 (note de M. Meynial). — V. aussi une note du même auteur sous Paris, 16 nov. 1888, S., 91. 2. 89. — Paris, 31 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 723. — Cependant, d'après d'autres arrêts, les maximes *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, s'opposeraient à ce que la justice admît la répétition des sommes payées en exécution d'obligations ayant une cause illicite ou immorale. — Paris, 16 nov. 1888, S., 91. 2. 89, D. P., 89. 2. 253. — Req., 8 juin 1891, S., 92. 1. 439, D. P., 92. 1. 336. — Nancy, 2 janv. 1893, S., 94. 2. 206, D. P., 94. 2. 172. — Riom, 30 nov. 1893, S., 94. 2. 75. — Nous préférons la première de ces jurisprudences. D'abord, les deux maximes que nous venons de rapporter n'ont pas été admises dans notre législation. En outre, l'art. 1131 qui dispose que l'obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet serait violé, s'il n'y avait pas lieu à répétition ; car l'obligation sur cause illicite, devenant ainsi inattaquable, serait plus résistante que les obligations dont la cause est licite. — On peut rapprocher du groupe d'arrêts que nous avons cités en second lieu plusieurs décisions d'après lesquelles les deux parties qui ont figuré dans une convention immorale, par exemple dans une convention relative à une maison de tolérance, sont l'une et l'autre non recevables à poursuivre soit l'exécution, soit la nullité du contrat. — Civ. rej., 15 déc. 1873. S., 74. 1. 241, D. P., 74. 1. 222. — Bourges, 13 juin 1889, D. P., 89. 5. 329. — Alger, 15 nov. 1893, S., 94. 2. 211, D. P., 94. 2. 528. — Alger, 9 mai 1894, S., 94. 2. 302, S., 94. 2. 302, D. P., 95. 2. 21. — V. sur cette question la note de G. Appert sous Req., 1er avril 1895, S., 96. 1. 290. — Mais le propriétaire d'un immeuble qui a été loué pour être exploité comme maison de tolérance peut demander à rentrer dans la jouissance de son immeuble s'il se fonde uniquement sur ses titres de propriété. — Caen, 29 juil. 1874, S., 75. 2. 298, D. P., 75. 2. 127. — Alger, 15 nov. 1893, précité. — Angers, 5 janv. 1899, *Loi*, 6 mars 1899.

Cependant, quand il s'agit de conventions d'une certaine importance, les parties dressent ordinairement ou font dresser un acte écrit, en l'absence duquel celui qui réclame l'exécution de la convention courrait le risque de se trouver embarrassé plus tard pour faire la preuve que l'art. 1315 met à sa charge.

Si la convention est synallagmatique, l'écrit qui sera dressé pour la constater indiquera nécessairement la cause des diverses obligations qu'elle engendre; car on sait que, dans les contrats de cette nature, les obligations des parties se servent réciproquement de cause, et il n'est pas possible que l'acte constate la convention sans parler de ces obligations. Concevrait-on, par exemple, qu'un acte dressé pour constater une vente n'indiquât pas quelle est la chose que le vendeur s'engage à livrer et quel est le prix que l'acheteur s'engage à payer? L'écrit qui constate un contrat synallagmatique sera donc nécessairement *causé*.

Il n'en est pas de même, s'il s'agit d'une convention unilatérale : on conçoit très bien qu'un écrit puisse constater l'unique obligation que cette convention engendre, sans en indiquer la cause. Ainsi un billet, souscrit pour constater l'obligation résultant d'un prêt, peut être ainsi conçu : « Je reconnais devoir à N. la somme de 1.000 fr. » : c'est un billet *non causé*. Il serait *causé* au contraire, s'il était ainsi conçu : « Je reconnais devoir à N. la somme de 1.000 fr. *qu'il m'a prêtée* ».

318. Supposons un écrit non causé. Le créancier, qui s'en prévaut pour réclamer l'exécution de l'obligation, devra-t-il prouver que l'obligation a une cause valable? ou bien l'existence de cette cause sera-t elle présumée à son profit, de sorte que le débiteur ne pourrait se soustraire à la nécessité d'exécuter l'obligation qu'en prouvant qu'elle n'a pas une cause valable? En d'autres termes, en présence d'un écrit non causé, est-ce au créancier de prouver que l'obligation a une cause valable, ou au débiteur de prouver qu'elle n'en a pas? Telle est la question que nous paraît avoir voulu résoudre l'art. 1132, et on va voir qu'il la résout en faveur du créancier : « *La convention n'est pas moins valable, quoique la*

cause n'en soit pas exprimée ». — La *convention*, lisez l'*écrit* qui la constate. Ce n'est pas la seule fois qu'il soit arrivé au législateur de prendre dans ce sens le mot *convention* ou celui de *contrat* qui est équivalent. Voyez notamment les art. 931 et 1567 (1). D'ailleurs, si on conservait ici au mot *convention* sa signification usuelle, l'art. 1132 n'aurait pas de sens; car il est bien évident que les parties, en contractant, se sont nécessairement mises d'accord sur la cause de la convention, et que, par conséquent, cette cause a été exprimée par elles.

Notre article signifie donc que l'écrit dressé pour constater une convention n'est pas moins valable quoiqu'il n'en exprime pas la cause; que, par suite, le silence qu'il garde sur ce point ne l'empêchera pas de prouver d'une manière complète la prétention du créancier, sans que celui-ci ait à démontrer que l'obligation dont il réclame l'exécution a une cause et une cause valable; la loi en présume l'existence à son profit. Présomption très rationnelle d'ailleurs; car, en règle très générale, on ne s'engage pas sans cause, et, étant admis que l'obligation a, presque toujours, une cause, on devait la présumer licite, parce qu'on ne doit pas facilement supposer que les parties aient voulu violer la loi en contractant une obligation sur une cause illicite. C'est donc le débiteur qui devra, s'il veut échapper à la nécessité d'exécuter l'obligation, prouver qu'elle n'a pas une cause valable (2).

On a objecté que c'est exiger du débiteur la preuve d'un fait négatif, c'est-à-dire l'impossible. L'objection porte à faux. Sauf dans des cas extrêmement rares, le débiteur ne prétend pas qu'il s'est obligé sans cause, mais qu'il s'est obligé sur une fausse cause ou sur une cause illicite. La prétention du débiteur se trouve ainsi ramenée à un fait positif dont la preuve est, sinon facile, du moins possible (3).

(1) La confusion vient peut-être de ce que le législateur désigne souvent sous une même dénomination, celle d'*acte*, soit la convention, soit l'écrit qui la constate. On s'explique ainsi que le législateur ait pu prendre l'un pour l'autre deux mots qui ont le même synonyme.

(2) Le législateur, par la disposition de l'art. 1132, a effacé les dernières traces de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. — V. Bufnoir, *op. cit.*, p. 548-557.

(3) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 48 *bis;* Demolombe, XXIV, n. 366; Larom-

Lorsque, par extraordinaire, le débiteur allègue qu'il s'est obligé sans cause, cela suppose qu'il a été victime d'un dol ou d'une violence particulièrement grave, et alors les juges trouveront aisément, dans l'emploi même des manœuvres ou des mauvais traitements, la preuve du défaut de cause (1).

318 I. Supposons que l'écrit qui constate une obligation en indique la cause; le débiteur a le droit de prouver que la cause indiquée est simulée. Dans le silence de la loi, cette preuve demeure soumise aux règles du droit commun; par conséquent elle ne peut être faite par témoins ou par présomptions que s'il y a commencement de preuve par écrit (arg. art. **1347**), à moins qu'il n'y ait fraude à la loi (2).

Mais les juges qui, pour déclarer fausse la cause indiquée dans un billet, se fondent sur ce que les énonciations mêmes du titre démontrent que cette cause est simulée, ne violent pas la règle qui défend d'admettre la preuve par témoins ou par présomptions en l'absence d'un commencement de preuve par écrit (3).

D'autre part, comme, en matière commerciale, les juges peuvent se fonder sur des présomptions graves, précises et concordantes, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, ils ont toujours le droit, en pareille matière,

bière, I, p. 307 (art. 1132, n. 4); Laurent, XVI, n. 166; Vigié, II, n. 1144; Thiry, II, n. 614; Huc, VII, n. 86, p. 123 *in fine;* Bufnoir, *op. cit.*, p. 553-557; Planiol, II, 1re édit., n. 1182, 2e et 3e édit., n. 1044. — Bruxelles, 10 déc. 1845, *Pasicr.*, 49. 2. 15; 10 juil. 1848, *Pasicr.*, 48. 2. 23. — Req., 16 août 1848, S., 49. 1. 113, D. P., 48. 1. 193. — Nîmes, 17 déc. 1849, S., 50. 2. 118, D. P., 52. 2. 69. — Req., 9 fév. 1864, S., 64. 1. 107, D. P., 64. 1. 211. — Req., 28 oct. 1885, S., 86. 1. 200, D. P., 86. 1. 69. — Bruxelles, 5 juin 1889, *Pasic.*, 89. 3. 283; 20 juin 1893, D. P., 94. 2. 243. — Trib. civ. Charolles, 20 nov. 1893, D. P., 94. 2. 126. — Dijon, 3 déc. 1894, D. P., 95. 2. 237. — Civ. cass., 25 fév. 1896, S., 96. 1. 280, D. P., 96. 1. 199. — Bourges, 19 nov. 1900, S., 1901. 2. 39. — Trib. civ. Saint-Etienne, 20 mai 1901, *Mon. jud. Lyon*, 5 juin 1901. — Trib. civ. Mâcon, 25 fév. 1903, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1903. 1. 496, *Droit*, 15 mai 1903. — V. aussi pour le cas où il s'agit d'un effet de commerce, C. sup. de just. de Luxembourg (appel), 2 janv. 1891, S., 91. 4. 37. — *Contra* Duranton, X, n. 353 et 354; Massé, *Dr. com.*, IV, n. 137; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 560, § 615; Aubry et Rau, IV, 4e édit., 324, texte et note 20, 5e édit., p. 558, texte et note 20; Devilleneuve, note sous Req., 16 août 1848, précité.

(1) V. *supra*, n. 303.

(2) Laurent, XVI, n. 168; Huc, VII, n. 86, p. 125 *in fine*.

(3) Req., 14 juin 1880, D. P., 81. 1. 317.

de décider, d'après des présomptions de cette nature, qu'une obligation est sans cause, alors même qu'une cause serait exprimée dans l'acte qui la constate (1).

319. Mais, une fois que le débiteur a établi la simulation, quelle est la situation respective des parties ? Le débiteur, par exemple, a prouvé que le prêt mentionné comme cause n'a jamais eu lieu : faut-il dire que la situation est la même que si l'écrit n'était pas causé et que, par conséquent, elle est régie par l'art. 1132, en d'autres termes qu'il y a présomption d'une cause licite ?

On décide avec raison que la disposition de l'art. 1132 ne concerne pas cette hypothèse. Quand l'écrit n'est pas causé, on peut admettre qu'il y a, de la part du débiteur, aveu tacite de l'existence d'une cause valable; mais cette présomption ne s'expliquerait pas quand l'écrit renferme l'indication d'une cause et qu'il est démontré que cette indication est mensongère. Aussi, en pareil cas, le créancier doit-il faire la preuve de la cause (2).

L'acte qui exprime une cause reconnue simulée est, d'ailleurs, susceptible de fournir un commencement de preuve par écrit rendant admissibles la preuve orale et les simples présomptions à l'effet de déterminer la véritable cause. Doit, en conséquence, être cassée la décision judiciaire

(1) Req., 30 mai 1883, S., 84. 1. 154, D. P., 84. 1. 292.

(2) Req., 9 fév. 1864, S., 64. 1. 107, D. P., 64. 1. 211. — Besançon, 13 fév. 1865, D. P., 65. 2. 29. — Orléans, 25 mai et 17 juin 1875, D. P., 77. 1. 177 et 178. — Req , 31 juil. 1877, S., 80. 1. 24. — Montpellier, 9 août 1879, sous Req., 14 juin 1880, précité. — Toulouse, 28 avril 1880, S., 82. 2. 222. — Req., 14 juin 1880, D., P., 81. 1. 317. — Toulouse, 9 mars 1885, joint à Req., 30 nov. 1885, S., 86. 1. 316, D. P., 87. 1. 443. — Req., 12 mai 1885, S., 85. 1. 440, D. P., 86. 1. 175. — Montpellier, 23 fév. 1885, sous Req., 23 juin 1887, S., 87. 1. 361. — Req., 9 nov. 1891, S., 94. 1. 78, D. P., 92. 1. 153. — Bordeaux, 25 mai 1892, D. P., 92. 2. 563. — Req., 9 nov. 1898, D. P., 99. 1. 103. — Civ. cass., 5 déc. 1900, S., 1901. 1. 229, D. P., 1901. 1. 192. — Trib. civ. Seine, 6 fév. 1901, *Loi*, 16 mars 1901. — Trib. civ. de Cambrai, 26 déc. 1901, D. P., 1903. 2. 14, *Droit*, 14 mars 1902. — Lyon, 25 nov. 1903, *Mon. jud. Lyon*, 4 fév. 1904. — Req., 3 avril 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 627, D. P., 1905. 5. 8. — V. dans ce sens Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 323 *in fine*, 324, texte et note 19, 5e édit., p. 557, texte et note 19; Demolombe, XXIV, n. 371-372; Larombière, I, p. 309 (art. 1132, n. 8); Laurent, XVI, n. 122 et 169; Huc, VII, n. 86, p. 125 *in fine*; Bufnoir, *op. cit.*, p. 557; Planiol, II, 1re édit., n. 1262, 2e et 3e édit., n. 1206. — Cpr. Dijon, 22 mars 1900, D. P., 1901. 2. 45.

qui, dans le cas où la fausseté de la cause d'un billet de plus de 150 francs et causé pour prêt est démontrée, repousse, par le motif qu'une donation ne saurait s'établir par témoins, l'offre en preuve du bénéficiaire, tendant à prouver qu'il y a donation déguisée [1].

320. L'interprétation que nous venons de donner de l'art. 1132, interprétation qui se résume à ceci : « l'obligation constatée par un écrit non causé est présumée avoir une cause valable », doit être admise sans distinction entre le cas où le billet non causé est ainsi conçu : *Je reconnais devoir...*, et celui où il porte : *Je promets payer...* Ce sont là des variantes, qui souvent seront dues à un hasard de rédaction et qui nous paraissent ne devoir exercer aucune influence sur la force probante de l'écrit.

Quelques auteurs ont cependant soutenu que, si le créancier est dispensé de faire la preuve de la cause quand le billet porte : *Je reconnais devoir...*, il serait au contraire tenu de faire cette preuve lorsque le billet est ainsi conçu : *Je promets payer...* On dit en ce sens que la première formule fait supposer l'existence d'une cause : le souscripteur reconnaît être *débiteur*, donc il reconnaît implicitement que sa dette a une cause ; tandis que, par la seconde formule, il ne se reconnaît pas débiteur, il promet seulement de payer, et il peut promettre de payer sans être débiteur [2]. Mais, d'abord, est ce indiquer la cause de son obligation que de dire : *Je reconnais devoir?* La négative nous semble certaine ; car ce n'est pas dire pourquoi l'on doit. D'un autre côté, n'est-ce pas se reconnaître débiteur que de dire : *Je promets payer?* Il nous semble évident que oui ; *payer*, c'est acquitter une

[1] Civ. cass., 5 déc. 1900, et Req., 3 avril 1905, précités.

[2] Duranton, X, n. 354 ; Rolland de Villargues, v° *Cause des oblig.*, n. 61 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 352, note 22, 5e édit., p. 559, note 22. — Quelques arrêts ont décidé que la cause d'une obligation résultait suffisamment de la formule *Je reconnais devoir...* — V. Nîmes, 8 mai 1820, S., 20. 2. 163, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 519. — Civ. cass., 9 janv. 1822, S., 22. 1. 272 ; 29 août 1831, S., 31. 1. 410. — Nancy, 25 avril 1833, S., 35. 2. 56, D. P., 33. 2. 211, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5051. — Req., 25 juill. 1876, S., 78. 1. 291, D. P., 78. 1. 123. — Mais il n'est point démontré que ces arrêts n'auraient pas adopté la même solution si le débiteur avait employé ces expressions : *Je promets payer...*

dette; promettre de *payer*, c'est donc promettre d'acquitter une *dette*, et par suite reconnaître qu'on est débiteur. La vérité est que, par la seconde formule comme par la première, le souscripteur se reconnaît débiteur, et que, pas plus par la première que par la seconde, il n'indique la cause de son obligation. Nous concluons que la force probante de l'écrit doit être la même dans les deux cas [1].

IV. *Examen critique de la théorie de la cause* [2].

321. Du moment que le législateur nous présente la cause de l'obligation comme une condition spéciale de l'existence des conventions, nous devions préciser sa pensée. Mais, ainsi que nous l'avons fait pressentir dès le début, ce n'est pas à dire pour cela que nous approuvions la disposition de l'art. 1108, al. 4, et celles des art. 1131 et 1133. Il n'est pas contestable que la notion de cause est essentiellement abstraite, métaphysique et bien faite pour amener des confusions regrettables. Il est toujours périlleux d'obliger les juges à donner pour base à leurs décisions des distinctions éminemment

(1) Colmet de Santerre, Demolombe, Thiry, Huc, *loc. cit.;* Laurent, XVI, n. 167; Bufnoir, *op. cit.*, p. 556.

(2) La théorie de la cause paraît avoir été attaquée pour la première fois par un auteur belge, Ernst, dans un article intitulé : *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?* Cet article a été publié dans la *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, I (unique). Liège, 1826, p. 250-264; il a été entièrement reproduit à la suite de la thèse de M. Timbal.— L'idée a été reprise avec une vigueur remarquable par M. Artur dans sa thèse pour le doctorat (*De la cause en droit romain et en droit français*, Paris, 1878). — Quelques années plus tard, M. Timbal, également dans sa thèse (*De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français*, Toulouse, 1882), a développé certains des arguments déjà formulés par M. Artur, en a ajouté plusieurs autres et a examiné la question à de nouveaux points de vue. Son livre renferme une critique très complète de la théorie de la cause. Cependant, même après cet ouvrage, on lira avec intérêt l'étude publiée par M. Cornil, conseiller à la cour de cassation belge, sous ce titre « *A propos de la révision du Code civil. De la cause dans les conventions. Art. 1108, 1131 à 1133* » (Bruxelles, 1890), et la thèse de M. Séfériadès (*Etude critique sur la théorie de la cause*, Paris, 1897). — V. aussi Planiol, II, 1re édit., n. 1078-1080, 2e et 3e édit., n. 1037-1039. — Le système du Code civil, en ce qui regarde la cause, a été, au contraire, défendu par M. Brissaud (*De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français*, thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1879) et par M. P. Colin, (*Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles*, thèse Paris, 1897).

subtiles, et l'on a particulièrement tort de les mettre dans cette nécessité, lorsque ces distinctions n'ont aucune raison d'être et sont dépourvues de tout caractère juridique. Tel est précisément le cas en ce qui concerne la cause. Nous savons combien souvent la jurisprudence confond la cause et le motif. Or le législateur pouvait bien facilement prévenir cette confusion. Il lui suffisait de se borner à mentionner dans l'art. 1108, comme condition de l'existence des conventions, le consentement et l'objet. Quand ces deux éléments se rencontrent, le contrat est certainement formé. L'idée de cause est absolument superflue; elle est même dangereuse. C'est ce que nous allons prouver en nous plaçant successivement au point de vue des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux.

322. Plusieurs auteurs enseignent que, dans les contrats de la première catégorie, la cause de chacune des obligations n'est autre chose que l'objet de l'autre. Ainsi le même élément serait *cause* ou *objet* suivant l'obligation par rapport à laquelle on l'envisagerait. D'autres auteurs disent que chacune des obligations a pour cause l'obligation corrélative. On a vu que la seconde formule nous paraissait préférable (1). Mais, pas plus que l'autre, elle ne peut légitimer la théorie de la cause. Que la cause de chacune des obligations consiste dans l'objet de l'autre (2) ou que les deux obligations se servent réciproquement de cause, peu importe! Si l'objet de l'une des obligations fait défaut ou s'il a un caractère illicite, le contrat synallagmatique ne peut pas se former. En effet, s'il n'y a pas deux objets, il ne peut pas y avoir deux obligations; or, par définition, le contrat synallagmatique suppose deux obligations. Mais, si le contrat ne se forme pas, ni l'une ni l'autre des parties ne peut être obligée (3). Quand une vente ne peut avoir lieu parce que la chose a péri antérieurement, il ne viendra à l'esprit d'aucun homme de bon sens de se demander si, néanmoins, celui qui voulait acheter n'est pas tenu de payer le prix. Du moment qu'il n'y a pas vente,

(1) V. *supra*, n. 301.
(2) Cornil, *op. cit.*, p. 19-25.
(3) *Sic* Laurent, XVI, n. 111.

il n'y a ni acheteur ni vendeur, et, par conséquent, il n'y a pas plus obligation de payer le prix qu'obligation de payer la chose. Comment un contrat inexistant pourrait-il produire une obligation quelconque? Tout cela est fort simple, et l'on n'a pas besoin, pour s'en rendre compte, de s'élever à cette considération que l'obligation de l'acheteur n'a pas pu naître parce qu'elle était dépourvue de cause finale. Ainsi toutes les subtilités qui découlent de la notion de cause ne servent qu'à dissimuler cette idée éminemment élémentaire que, lorsqu'un contrat synallagmatique ne se forme pas, il ne peut être question d'une obligation naissant de ce contrat (1).

Si nous ne craignions pas de retomber dans cette terminologie scolastique dont il serait bon de débarrasser la matière, nous dirions qu'il faut remplacer l'idée de cause finale par celle de cause efficiente. Dans les obligations conventionnelles, comme cette expression même le dit assez, la cause efficiente est la convention. Si cette dernière fait défaut, l'effet, c'est-à-dire les obligations qui devaient résulter de la convention, n'a pas pu se produire (2).

323. On peut, au surplus, aboutir à la même conclusion en partant d'une idée différente. Quelle est, dans le cas dont il s'agit, l'espèce de convention que les parties ont voulu conclure? Un contrat synallagmatique, par conséquent un contrat à titre onéreux. Or, s'il était possible qu'une seule des obligations pût naître, les parties se trouveraient avoir formé un contrat unilatéral et à titre gratuit. Mais, par hypothèse, elles n'ont pas voulu faire un contrat de cette nature. Il y aurait donc convention sans qu'il y ait eu consentement! En d'autres termes, il y aurait un résultat dont la possibilité

(1) Tout cela ressort bien de ce passage de M. Bufnoir, bien que l'éminent auteur ne soit pas au nombre des adversaires de la théorie de la cause : «..... Lorsqu'on dit que l'obligation doit avoir une cause, cela revient à dire que, si l'une des obligations manque, le contrat ne se forme pas, car l'autre obligation ne naît pas. De plus, *quand on dit que la cause est illicite, c'est que l'objet de l'autre obligation se trouvera illicite.* Dans les contrats synallagmatiques, *la théorie de la cause se confond avec celle de l'objet*, et cela est vrai de toute obligation qui a pour équivalent une obligation corrélative... » *Op. cit.*, p. 530 *in fine*. — V. aussi Demolombe, XXIV, n. 348.

(2) Artur, *op. cit.*, p. 182-185; Timbal, *op. cit.*, p. 196-200; Huc, VII, n. 77, p. 111, al. 2. — Cf. Séfériadès, *op. cit.*, p. 86-129.

ne se conçoit même pas! On voit donc que lorsqu'on recourt à la théorie de la cause pour expliquer l'inexistence d'une obligation, il suffirait de rappeler qu'il n'y a pas de convention sans consentement [1].

324. La démonstration est tout aussi facile en ce qui concerne les contrats réels. Ceux-ci, comme les contrats synallagmatiques, ont deux objets. Mais, tandis que dans ces dernières conventions, les deux objets sont deux obligations corrélatives, dans les contrats réels l'un des objets est une obligation et l'autre une prestation dont l'accomplissement est nécessaire pour la formation même du contrat [2]. Eh bien, ici encore, il n'est jamais besoin, pour conclure à l'inexistence de l'obligation, de mettre en avant l'idée de cause. On n'a qu'à invoquer l'absence de celui des objets qui consiste en une prestation, car, faute de cet objet, il ne peut pas y avoir contrat, et, partant, il ne peut pas y avoir obligation. Comment, lorsque l'une des parties ne livre pas une chose à l'autre, se formerait-il entre elles un contrat de prêt, de dépôt ou de gage? Comment y aurait-il un emprunteur, un dépositaire, un créancier gagiste? Comment naîtrait-il à la charge de l'une des parties l'obligation de restituer? Pourquoi donc ne pas se borner à dire que cette obligation ne prend pas naissance parce que la convention n'a pas eu lieu?

D'autre part, il n'est pas contestable que les contrats réels sont formés dès que les conditions relatives au consentement et aux objets sont réunies. S'il en est ainsi, à quoi sert-il de mentionner la cause dans l'énumération des éléments nécessaires pour l'existence de ces contrats [3]?

325. Il est des conventions dans lesquelles certains auteurs

[1] Timbal, *op. cit.*, p. 200-203. — M. Timbal explique d'une troisième façon le résultat qui, dans les contrats synallagmatiques, est inexactement attribué à la théorie de la cause. Ce résultat peut, en effet, se justifier encore par la théorie de la condition. Dans tout contrat synallagmatique, chaque partie n'entend s'engager que tout autant que l'autre partie s'engage également. En supposant que, dans la rigueur des principes, il n'y ait pas là une véritable condition, vu qu'il s'agit d'un événement présent, il y a tout au moins une « quasi-condition », et tout le monde s'accorde à reconnaître qu'une modalité de cette nature doit avoir le même effet qu'une condition proprement dite. Timbal, *op. cit.*, p. 203-208.

[2] V. *supra*, n. 23.

[3] Timbal, *op. cit.*, p. 278-284; Cornil, *op. cit.*, p. 26-28; Séfériadès, p. 131-148.

ont voulu voir des contrats unilatéraux innommés. Telle serait la convention par laquelle le promettant s'engagerait à payer une somme afin que le stipulant accomplît un devoir ou exécutât une obligation qui existe déjà à sa charge, ou s'abstînt d'un fait prohibé par la loi ou par la morale. D'abord est-il bien sûr que ces contrats, s'ils étaient possibles, seraient unilatéraux? On peut en douter. Mais il n'est pas nécessaire de résoudre cette question pour écarter, en ce qui les concerne, la théorie de la cause. Si l'on admet qu'ils sont synallagmatiques, il faut leur appliquer les observations que nous avons faites relativement aux contrats qui présentent ce caractère; l'inexistence de la convention découle de ce fait que l'une des obligations corrélatives est radicalement nulle comme ayant un objet illicite, et le contrat, n'ayant pas pu se former, n'a pas pu engendrer l'autre obligation. Préfère-t-on dire que les contrats dont nous parlons sont unilatéraux, mais que l'engagement qu'ils produisent est subordonné à l'abstention du fait prohibé ou à l'accomplissement du devoir imposé par la loi? Si l'on adopte cette interprétation, il faut déclarer l'obligation inexistante par application des principes relatifs aux conditions. Art. 1172. Mais, de toute façon, il convient de rejeter la notion de la cause [1].

326. C'est surtout dans les contrats à titre gratuit qu'apparaît dans toute son évidence l'inanité de la théorie du législateur. Pothier disait : « Dans les contrats de bienfaisance la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle » [2]. C'est bien cette notion que les rédacteurs du Code ont acceptée. D'après Bigot-Préameneu, la cause « est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles » [3]. Portalis a dit également : « Pour ce qui concerne les contrats de bienfaisance, la cause se trouve suffisamment dans le sentiment qui les produit. On n'a pas voulu priver les hommes du doux commerce des bienfaits... La cause d'un acte de bienfaisance est toujours dans la bien-

(1) Timbal, *op. cit.*, p. 276-278.
(2) *Oblig.*, n. 42.
(3) Fenet, XIII, p. 228; Locré, XII, p. 325, n. 25.

faisance même » (1). Les commentateurs du Code reproduisent à peu près ces formules. Aubry et Rau, par exemple, s'expriment ainsi : « Dans les contrats de bienfaisance, l'intention d'exercer un acte de libéralité ou de rendre un service constitue une cause suffisante d'engagement » (2).

Mais n'est-il pas manifeste que, si une personne n'a pas l'intention de faire une libéralité, il est impossible qu'elle consente à faire une donation? Ou plutôt l'intention dans laquelle on voit la cause du contrat à titre gratuit, n'est-ce pas la volonté, le consentement lui-même? Un des auteurs qui ont fait les plus grands efforts de raisonnement pour défendre l'idée de cause relativement aux contrats dont nous parlons, le déclare formellement : « La cause de l'obligation de bienfaisance réside donc dans la *volonté de donner...* » (3). Mais, puisqu'il en est ainsi, nous n'avons pas à nous préoccuper de la cause dans les contrats à titre gratuit!

Au surplus, l'intérêt de la notion de cause apparaît d'autant moins dans ces contrats qu'il est impossible d'imaginer une hypothèse où la cause d'un contrat de bienfaisance sera

(1) Fenet, XIV, p. 47 et 131; Locré, XIV, p. 77, 164 et 165.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 321, 5e édit., p. 547. — *Adde* Duranton, X, n. 334-336, 355; Marcadé, IV, n. 400 et 453; Colmet de Santerre, V, n. 46 *bis*-II, *in fine;* Massé et Vergé, III, p. 560; Larombière, I, p. 284 (art. 1131, n. 2 *in fine*); Arntz, III, n. 35; Demolombe, XXIV, n. 352; Laborde, *op. cit.*, p. 10; Vigié, II, n. 1141; Thiry, II, n. 612 *in fine*. — *Sic* C. civ. esp., art. 1274 *in fine*. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 20, p. 734; Mourlon, II, n. 1102; Daufresne, *Dissertation sur la cause* (thèse de doctorat), n. 97 et 161.

(3) Daufresne, *op. cit.*, n. 164. — M. Brissaud, qui a cependant essayé de justifier en principe la théorie de la cause, montre d'une façon remarquable combien cette théorie est étrange en ce qui concerne les donations : « C'est donc avec raison, dit-il, que les rédacteurs du Code civil considèrent l'intention de gratifier, l'*animus donandi*, comme la seule cause juridique de la donation. Mais qui ne voit que cet *animus donandi* n'est autre chose que le consentement du donateur à la donation? Qui ne voit que la cause n'est pas ici un élément distinct de la formation de l'acte, qu'il est juste de l'éliminer comme faisant double emploi avec le consentement et que, par suite, les art. 1131 et 1133 ne peuvent s'appliquer à la donation? L'expression juste est celle de Domat : Le désir de gratifier le donataire *tient lieu de cause*. — Par une sorte de fiction, le législateur a considéré la cause et le consentement comme deux éléments distincts. Mais ce n'est là qu'une idée théorique admise peut-être uniquement par suite de l'opinion préconçue que tout contrat devait avoir une cause. La règle absolue de l'art. 1131 était ainsi sauvegardée. *Pratiquement, autant vaut dire que la donation est un contrat sans cause* ». *Op. cit.*, p. 49 50.

erronée ou illicite. Le donateur pourra-t-il jamais croire qu'il veut faire une libéralité, alors qu'il n'aura pas cette volonté? Le désir de pratiquer la bienfaisance peut-il, en lui-même et abstraction faite des motifs de l'acte, être immoral ou illicite? Non, certainement. Il faut, par conséquent, reconnaître que les art. **1131** et **1133** sont inapplicables aux contrats à titre gratuit (1).

Somme toute, envisagé par rapport à ces contrats, le système du législateur revient à ceci : « Dans les contrats de bienfaisance le même élément s'appellera *consentement* et *cause*. Il n'y a, d'ailleurs, aucun intérêt à lui donner cette dernière dénomination ».

327. En résumé, qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques ou de contrats unilatéraux, il faut souhaiter que les dispositions de l'art. **1108**, al. **4**, et des art. **1131** et **1133** disparaissent de notre législation. Plusieurs des codes civils postérieurs au nôtre ont repoussé la théorie de la cause (2), et, si le Code civil espagnol reproduit l'idée du législateur français, du moins ses auteurs ont-ils eu la prudence de donner une définition de la cause en se plaçant au point de vue des diverses espèces de contrats, et d'essayer ainsi de prévenir la confusion entre la cause et le motif (3).

(1) V. Timbal, *op. cit.*, p. 228-242; Séfériadès, *op. cit.*, p. 152-160. — Cpr. Cornil, *op. cit.*, p. 28-31.

(2) Nous citerons le C. civ. de Serbie (1844), celui d'Autriche (1852), celui du Portugal (1867), celui du Mexique (1871), le *C. fédér. des obligations* (1881), le *C. général des biens pour la principauté du Monténégro* (1888), le C. civ. allemand (1896), le C. civ. japonais (1896). — Mais on trouve des dispositions analogues à celles du C. civ. français dans le C. civ. néerl. (1838), art. 1856, 1871 et 1873; C. civ. boliv. (1843), art. 1128 et 1130; C. civ. chil. (1855), art. 1445 et 1467; C. civ. ital. (1865), art. 1119-1122; C. civ. Guatémala (1877), art. 1406.

(3) « Dans les contrats à titre onéreux, on entend par cause, pour chaque partie contractante, la prestation ou la promesse d'une chose ou d'un service faite par l'autre partie; dans les contrats rémunératoires, le service ou le bienfait qui est rémunéré, et dans les contrats de pure bienfaisance, la simple libéralité du bienfaiteur ». C. civ. esp., art. 1274.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS

328. Le législateur traite pêle-mêle, dans ce chapitre, de l'effet des *conventions* et de l'effet des *obligations,* deux choses qu'il importe de ne pas confondre et que Pothier n'avait pas manqué de distinguer.

329. Disons d'abord quel est l'effet des conventions : elles produisent ordinairement des obligations, soit à la charge des deux parties, si le contrat est synallagmatique, soit à la charge d'une seule, s'il est unilatéral. — Quelquefois elles ont seulement pour but de modifier ou d'éteindre des obligations préexistantes. — Enfin, dans certains cas, elles opèrent un transport de propriété ou l'établissement d'un droit réel.

Toutefois, le transport de la propriété n'est, ainsi que nous le verrons, qu'un effet *médiat* de la convention, en ce sens qu'il est seulement le résultat de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété, obligation que cette convention a engendrée (1).

330. Quant aux obligations, voici quel est leur effet : L'obligation met le débiteur dans la nécessité juridique d'accomplir la prestation qu'il a promise, de faire ce qu'il s'est engagé à faire, de *payer*. La loi vient au besoin en aide au créancier, en lui prêtant le concours de la force publique, pour lui permettre d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation, lorsque le débiteur refuse de s'exécuter de bonne grâce. — Ainsi le créancier d'une somme d'argent pourra, après avoir obtenu un jugement contre son débiteur qui refuse de payer, ou même *recta via* s'il a un titre exécutoire, saisir les biens de son débiteur et les faire vendre pour se payer sur le prix. — S'agit-il de l'obligation de livrer une chose déterminée, telle maison par exemple, en exécution d'un contrat de vente? Si le débiteur (le vendeur) refuse d'effectuer la livraison, le créancier (l'acheteur) pourra obtenir l'assistance de la force publique pour entrer en possession; force doit

(1) V. *infra*, n 365.

rester au droit. — Enfin, s'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire et que le débiteur refuse de l'exécuter, le créancier aura le droit de demander à la justice l'autorisation d'accomplir, aux dépens du débiteur, le fait promis, ou de faire détruire, encore aux frais du débiteur, ce que celui-ci aura fait par contravention à l'obligation, en supposant, dans l'une et dans l'autre hypothèses, que ce mode d'exécution soit possible.

Il faut même poser en principe, nous le verrons, aussi bien pour l'obligation de faire ou de ne pas faire que pour l'obligation de donner, que le créancier a droit à l'exécution en nature et qu'il doit être autorisé, s'il y a lieu, à se la procurer *manu militari*.

N'y a-t-il pas toutefois des cas où le créancier ne peut obtenir que l'exécution par équivalent, c'est-à-dire des dommages-intérêts? Nous répondrons à cette question quand nous expliquerons la disposition de l'art. **1142** (1).

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

331. La première des dispositions contenues dans cette section est ainsi conçue : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Art. **1134**, al. 1er. Cela signifie que les conventions ont, en principe, relativement aux parties, la même force que la loi. En d'autres termes, les parties sont liées par leur consentement tout aussi rigoureusement qu'elles le seraient par la volonté même du législateur (2). Cette règle n'est point nouvelle. Le droit

(1) V. *infra*, n. 432.

(2) Ce principe a reçu d'intéressantes applications dans les rapports entre patrons et ouvriers. — V. C. civ. Fuzier-Herman, art. 1134, n. 14, 17-21, 116, 118, 119. — Le père de famille qui a placé son fils dans un établissement d'instruction doit être considéré comme ayant pris connaissance des clauses et conditions contenues dans le prospectus ou règlement du pensionnat. Ce règlement forme donc la loi des parties entre ce père de famille et le chef de l'établissement. Il en est ainsi, par exemple, de la clause qui déclare acquis à l'institution tout terme de pension commencé, même en cas de renvoi de l'élève pour raison sérieuse. Trib. paix de Paris, 5e arrond., 27 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 659. — Une obligation de faire ou de donner contractée pour une durée indéterminée doit être considérée comme licite

romain l'a plusieurs fois proclamée. Ulpien s'exprimait ainsi : « *Contractus legem ex conventione accipiunt* » (1). Ou encore de cette façon : « *Hoc servabitur quod initio convenit (legem » enim contractus dedit)* » (2). Domat, s'inspirant de ce jurisconsulte, a rendu la même idée en ces termes : « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu *tient lieu de loi* à ceux qui les ont faites... » (3). On voit que le premier alinéa de l'art. **1134** reproduit presque littéralement la formule de Domat. Le principe dont nous parlons est donc traditionnel. C'est un principe que comporte nécessairement toute législation qui admet la notion de la convention. Sous l'empire du Code civil, par conséquent, il se serait imposé, alors même qu'il n'aurait pas été consacré par un texte formel. Il est certainement aussi applicable aux contrats passés antérieurement à la promulgation de ce code (4).

332. En disant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, les auteurs du Code civil nous donnent à entendre que lorsqu'une convention est opposée à un texte législatif, c'est elle qui doit l'emporter, si elle ne viole pas une disposition d'ordre public. De même il n'est pas douteux que les conventions doivent prévaloir sur les usages locaux (5).

333. Au surplus, en mettant les conventions sur la même ligne que les lois, l'art. **1134** rend la justice gardienne de l'observation des premières comme de celle des secondes. Si donc quelque contestation amène les parties devant le juge, il devra assurer la stricte exécution de la convention; c'est une loi privée dont il doit leur faire l'application, et qui l'enchaîne au même titre qu'une disposition législative.

et valable. — Trib. civ. de Lille, 19 juin 1902, joint à Douai, 25 fév. 1903, D. P., 1904. 2. 173.

(1) L. 1, § 6, D., *Depositi vel contra*, XVI, 3.

(2) L. 23, *De diversis regulis juris*, L. 17.

(3) *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, tit. I, sect 2 (édit. Rémy, I, p. 130).

(4) Civ. cass., 6 mars 1876, S., 76. 1. 161, D. P., 76. 1. 193.

(5) Ainsi, dans les conventions qu'ils font ensemble, les patrons et les ouvriers peuvent, sans porter atteinte à aucun principe d'ordre public, déroger aux usages locaux concernant les congés donnés par les patrons ou par les ouvriers, et, sur ce point, le contrat doit être exécuté suivant les termes mêmes de la convention, — Civ. cass., 11 mai 1886, S., 86. 1. 416, D. P., 87. 1. 30.

Les tribunaux ne peuvent donc pas, en invoquant une raison d'équité, refuser de faire exécuter une convention, pas plus qu'ils ne peuvent, en se plaçant au même point de vue, écarter l'application de la loi [1]. Le Code civil renferme deux dispositions qui sont déduites de ce principe général. D'après l'art. 1152, le juge ne peut ni diminuer ni augmenter le chiffre des dommages et intérêts conventionnels, et, aux termes de l'art. 1243, le créancier ne peut pas être contraint de recevoir une chose autre que l'objet de la dette, alors même que la valeur de la chose offerte est égale ou supérieure. Il est très possible cependant que, dans l'une et l'autre de ces hypothèses, l'équité réclamerait une solution contraire [2].

334. Du moment que les tribunaux sont chargés d'assurer l'exécution des conventions, ils ont le pouvoir de déterminer leur nature et leur portée, en un mot de les interpréter [3]. Il faut en conclure que le juge a le droit, pour préciser le sens d'une convention, de rectifier les expressions dont les parties se sont servies [4], notamment la dénomination même du contrat dont il s'agit. Il peut, par exemple, décider qu'une convention qui, d'après les termes employés par les contractants, serait un mandat, constitue en réalité une vente [5].

335. Le même principe conduit encore à cette conséquence

(1) Laurent, XVI, n. 179. — Les tribunaux n'ont pas le droit de modifier la convention, « quelque équitable que puisse leur paraître leur décision », comme l'a très bien dit la cour suprême. — Civ. cass., 6 mars 1876, précité. — V. aussi Civ. cass., 27 novembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 738. — *Adde* Paris, 12 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 42. — Quand le règlement d'une fabrique auquel ont adhéré les ouvriers employés dans cet établissement, leur interdit certains actes sous peine d'une amende déterminée, il n'appartient pas aux juges, en cas d'infraction, de réduire cette amende, sur le motif d'une exagération évidente. — Civ. cass., 14 fév. 1866, S., 66. 1. 194, D. P., 66. 1. 84.

(2) Dumoulin et, d'après lui, Pothier, admettaient une règle opposée à celle qui a prévalu dans l'art. 1152. — Quant à la disposition de l'art. 1243, elle rompt avec la tradition romaine.

(3) Req., 21 juillet 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 541.

(4) Req., 22 nov. 1865, S., 66. 1. 23, D. P., 66. 1. 108.

(5) Civ. rej., 29 mai 1876, S., 76. 1. 351, D. P., 76. 1. 361. — V. aussi Req., 26 fév. 1873, D. P., 73. 1. 208. — Req., 17 nov. 1875, S., 76. 1. 33. — Civ. rej., 9 juin 1886, D. P., 87. 1. 40. — Bourges, 26 déc. 1887, S., 88. 2. 78. — Req., 30 juill. 1895, D. P., 96. 1. 86; 12 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 489. — Civ. rej., 25 mars 1903, D. P., 1904. 1. 273. — Cpr. Req., 9 déc. 1879, S., 80. 1. 107, D. P., 80. 1. 325.

qu'il appartient aux tribunaux de se prononcer sur le point de savoir si les conventions ont été déjà exécutées, et, en cas d'affirmative, si leur exécution a été intégrale. Dans le cas, en effet, où celle-ci a eu lieu partiellement, le juge peut simplement ordonner qu'elle sera complétée, en supposant, du moins, que l'exécution partielle a été acceptée par le créancier ou qu'elle lui a profité (1).

336. Les conventions, avons-nous dit, ont, au regard des parties, la même force que la loi. S'ensuit-il que la décision judiciaire qui viole ou interprète faussement une convention puisse être déférée à la cour suprême, comme si elle violait ou interprétait faussement une disposition législative?

La jurisprudence résout cette difficulté par une distinction. Il n'y a pas lieu à cassation si la décision dont il s'agit constitue simplement un mal jugé, c'est-à-dire si, faute d'avoir constaté exactement les faits, elle renferme une erreur sur l'existence, la nature, la portée, les modalités ou quelqu'une des clauses particulières de la convention (2). Elle peut être,

(1) Req., 26 juill. 1875, S., 77. 1. 412, D. P., 76. 1. 199. — Req., 6 nov. 1878, S., 80. 1. 128.

(2) Req., 24 fév. 1868, D. P., 68. 1. 308. — Civ. rej., 28 juill. 1868, D. P., 68. 1. 403; 26 août 1868, D. P., 68. 1. 439; 17 mars 1869, D. P., 69. 1. 338. — Req., 24 mai 1870, D. P., 71. 1. 250; 11 mai 1870, D. P., 71. 1. 120; 7 juil. 1870, D. P., 71. 1. 337; 5 juin 1872, D. P., 73. 1. 77. — Civ. cass., 19 juin 1872 (sol. impl.), D. P., 72. 1. 262. — Civ. rej., 15 juill. 1872, D. P., 72. 1. 414; 22 juill. 1872, S., 73. 1. 299, D. P., 73. 1. 111; 19 août 1872, D. P., 72. 1. 397; 15 janv. 1873, D. P., 73. 1. 103; 12 mai 1873, D. P., 73. 1. 192. — Req., 11 juin 1873, D. P., 73. 1. 416. — Civ. rej., 22 juill. 1873, D. P., 73. 1. 460. — Req., 11 août 1873, D. P., 74. 1. 255; 24 déc. 1873, D. P., 74. 1. 147; 18 mars 1874, D. P., 76. 1. 279. — Civ. rej., 23 mars 1874, D. P., 74. 1. 316. — Req., 20 avril 1874, D. P., 74. 1. 329; 8 fév. 1875, D. P., 75. 2. 275; 13 avril 1875, S., 77. 1. 271, D. P., 77. 1. 32; 15 juil. 1875, S., 77. 1. 26, D. P., 76. 1. 232; 17 juin 1876, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Cassat.*, n. 355-3°. — Civ. rej., 22 nov. 1876, D. P., 77. 1. 88. — Req., 12 mars 1877, S., 78. 1. 293; 19 mars 1877, S., 77. 5. 1. 194, D., *Suppl. au Rép. alph., eod.* v°, n. 358-12°; 17 avril 1877, S., 77. 1. 262; 17 juil. 1878, S., 79. 1. 54; 18 juin 1879, S., 79. 1. 449, D. P., 79. 1. 337; 11 fév. 1880, S., 82. 1. 24, D. P., 81. 1. 16. — Req., 3 mars 1880, S., 81. 1. 123, D. P., 80. 1. 455; 21 juin 1880, S., 81. 1. 297; 27 juil. 1880, S., 81. 1. 245, D. P., 81. 1. 165; 22 nov. 1880, D. P., 81. 1. 58; 13 fév. 1883, S., 83. 1. 466; 20 fév. 1883, S., 85. 1. 148; 28 mai 1883, S., 84. 1. 279, D. P., 83. 1. 310. — Civ. rej., 1er août 1883, S., 86. 1. 20, D. P., 84. 1. 357. — Req., 16 fév. 1884, S., 85. 1. 88, D. P., 88. 1. 95; 9 juil. 1884, D. P., 85. 1. 305; 23 fév. 1885, S., 86. 1. 414, D. P., 85. 1. 284; 29 avril 1885, D. P., 86. 1. 239; 9 nov. 1885, D. P., 86. 1. 8; 27 janv. 1886, S., 86. 1. 160, D., *Suppl. au Rép. alph., eod.* v°, n. 355 9°. — Civ.

au contraire, censurée par la cour suprême si la solution qu'elle donne quant à la formation, à la qualification, aux caractères ou aux effets légaux d'un contrat, implique une violation de la loi (1). Il n'est point nécessaire, d'ailleurs, pour qu'il en soit ainsi, qu'il s'agisse d'une convention prévue par un texte législatif; il suffit qu'après avoir reconnu l'existence d'une convention et après en avoir déterminé la portée, les tribunaux n'en fassent pas une application complète (2). En un mot, la cour régulatrice n'a pas le pouvoir de décider si les constatations faites par les juges du fond sont exactes; mais elle doit rechercher si les conséquences qu'ils ont tirées de ces constatations sont juridiques (3).

rej., 8 fév. 1886, D. P., 87. 1. 22. — Cass. belge, 8 mai 1886, D. P., 87. 2. 221. — Req., 22 déc. 1886, S., 87. 1. 112. — Civ. rej., 18 janv. 1887, D. P., 87. 4. 421; 9 fév. 1887, D. P., 87. 1. 269; 20 avril 1887, D. P., 87. 1. 421. — Req., 14 fév. 1888, S., 90. 1. 477. — Civ. rej, 25 juil. 1888, S., 90. 1. 64, D. P., 89. 1. 418; 10 avril 1889, S., 90. 1. 214, D. P., 89. 1. 401.

(1) « Si large que soit le pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges du fond à l'effet de déterminer le sens et la portée de la convention des parties, il ne saurait aller jusqu'à leur permettre, sous prétexte d'interprétation, de les dénaturer ouvertement, ni surtout de destituer de leurs effets légaux et de leurs conséquences nécessaires celles dont ils ont eux-mêmes constaté l'existence ». — Civ. cass., 24 déc. 1888, S., 89. 1. 119, D. P., 89. 1. 415. — V. dans le même sens Civ. cass., 4 juin 1849, S., 49. 1. 487, D. P., 49. 1. 307. — Req., 18 fév. 1856, D. P., 56. 1. 260. — Civ. cass., 23 fév. 1869, D. P., 69. 1. 196; 3 mars 1869, S., 69. 1. 149, D. P., 69. 1. 200; 15 janv. 1873, S., 73. 1. 29, D. P., 73. 1. 180; 14 déc. 1886, S., 88. 1. 63; 26 déc. 1888, S., 89. 1. 119; 29 fév. 1888, S., 89. 1. 150. — La jurisprudence décide qu'en matière d'enregistrement la cour suprême peut rechercher quelle a été l'intention des parties, car c'est d'après la qualification donnée aux actes que se déterminent la nature et la quotité du droit qui peut être perçu, et, par conséquent, une appréciation inexacte de l'intention des parties peut avoir pour conséquence une violation de loi. — Civ. cass., 19 mai 1868, D. P., 68. 1. 305; 29 juil. 1890, S., 91. 1. 183, D. P., 91. 1. 54. — Cpr. Charmont, *Examen doctrinal, jurisprudence civile. Rev. crit.*, 1894, p. 77.

(2) « Attendu qu'il ne peut y avoir violation de l'art. 1134 qu'autant que le juge, après avoir constaté l'existence et le sens d'un contrat, croirait pouvoir modifier, sous un prétexte quelconque, ce qu'il reconnaîtrait avoir été convenu entre les parties, et non lorsqu'il se borne à fixer le sens de la convention par interprétation de l'intention des parties; que, si erronée qu'elle puisse être, une telle interprétation ne constitue qu'un mal jugé, qui ne tombe pas sous la censure de la cour de cassation ». — Req, 22 nov. 1865, S., 66. 1. 23, D. P., 66. 1. 108. — On trouve des formules analogues dans Req., 28 mai 1873, S., 74. 1. 79, D. P., 73. 1. 416; 19 juil. 1876, S., 77. 1. 53, D. P., 77. 1. 365. — Crim. rej, 16 fév. 1884, S., 85. 1. 188, D. P., 85. 1. 95. — Cpr. Civ. cass., 23 mars 1886, D. P., 86. 5. 43.

(3) La doctrine actuelle admet cette distinction. — V. Colmet de Santerre, V,

Ainsi il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement si un contrat dont la nature est incertaine doit être considéré comme une vente ou une donation; du moins il en est ainsi quand cette appréciation nécessite simplement l'interprétation de l'acte d'après l'ensemble de ses clauses et d'après les circonstances du fait (1).

De même les juges du fond statuent d'une manière souveraine sur le point de savoir si une convention a été exécutée, car une pareille décision ne met en jeu l'application d'aucun texte de loi (2).

Mais, par exemple, si, tout en reconnaissant qu'une convention présente comme éléments, une chose et un prix, avec intention, de la part de chacune des parties, de transférer à l'autre la propriété de l'objet de sa prestation, un tribunal jugeait qu'elle a le caractère de donation, cette décision pourrait être cassée, car elle méconnaîtrait la définition que le législateur a donnée du contrat de vente dans l'art. 1582 (3).

Il en serait de même si, après avoir admis qu'il y a eu vente, les juges du fond déclaraient que, dans le silence du contrat, la partie qui a joué le rôle de vendeur n'est pas tenue à garantie. Dans ce cas, en effet, leur décision violerait la disposition de l'art. 1626.

Dans cet ordre d'idées, il a été très exactement décidé que la cour de cassation peut encore exercer son contrôle si, nonobstant la clause qui, dans le règlement de la caisse de retraites adopté par une compagnie de chemin de fer, porte que les retenues sur les appointements sont acquises à cette caisse du jour où elles ont été opérées, un tribunal ordonne, pour des considérations d'équité, la restitution de ces retenues. Peu importe que le contrat dont il est question dans l'es-

n. 79 *bis;* Demolombe, XXIV, n. 388; Laurent, XVI, n. 180; Huc, VII, n. 88. — V. toutefois les auteurs indiqués *infra* à la fin de la seconde note du n. 337.

(1) Req., 9 juil. 1879, S., 81. 1. 205, D. P., 81. 1. 27; 12 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 489.

(2) Req., 26 juil. 1875, S., 77. 1. 412, D. P., 76. 1. 199; 27 nov. 1877; S., 78. 1. 102; 6 nov. 1878, S., 80. 1. 128.

(3) « Il appartient à la cour de cassation de rectifier l'erreur de droit résultant de la fausse qualification d'un acte lorsqu'elle rencontre dans la décision même des juges du fond tous les éléments de fait propres à l'éclairer ». — Rej., 11 nov. 1884, D. P., 85. 1. 116.

pèce n'ait pas été dénommé par la loi ni réglementé par elle d'une façon spéciale; il n'en est pas moins vrai que le juge du fond a répudié les conséquences juridiques des constatations par lui faites [1].

337. D'après quelques arrêts de la cour de cassation, il faudrait aller plus loin : Les décisions du juge du fait pourraient être censurées par cela seul qu'elles méconnaîtraient les termes clairs et précis de la convention, le sens positif de celle-ci [2]. Nous n'admettons pas cette théorie. D'abord elle ouvre la porte toute grande à l'arbitraire : comment savoir à l'avance si les décisions des tribunaux seront considérées comme sujettes à cassation ? De plus la question de savoir si les termes d'un contrat sont dépourvus d'ambiguïté n'est-elle pas essentiellement une question de fait, c'est-à-dire une question qui, par sa nature même, ne rentre pas dans le domaine de la cour suprême [3] ?

338. Déduisant une conséquence de cette idée que les conventions tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont faites, l'art. **1134** ajoute dans son alinéa **2** : « *Elles* [les conventions] » *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel* » [c'est-à-dire du consentement mutuel des parties], *ou pour* » *les causes que la loi autorise* ». Si, en effet, chacun des contractants pouvait, sans l'adhésion de l'autre, anéantir la convention, il ne serait pas vrai de dire que celle-ci a force légale au regard des parties [4].

(1) Civ. cass., 18 déc. 1872, S., 73. 1. 83, D. P., 73. 1. 229; 28 avril 1874, S., 74. 1. 255, D. P., 74. 1. 304; 10 mai 1875, S., 75. 1. 264, D. P., 75. 1. 198.

(2) Civ. cass., 15 avril 1872, D. P., 72. 1. 176. — Req., 22 juil. 1872, D. P., 73. 1. 111; 11 juil. 1876, D. P., 77. 1. 176; 1er juil. 1886, D. P., 87. 1. 217. — Civ. cass., 3 fév. 1886, D. P., 86. 1. 469; 21 déc. 1891, S., 92. 1. 142, D. P., 92. 1. 104; 23 fév. 1892, S., 92. 1. 313, D. P., 92. 1. 150; 27 nov. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 738.

(3) *Sic* Boncenne, *Théorie de la procédure*, I, n. 503, p. 491-492; Labbé sous Civ. rej., 5 fév. 1873, dans S., 73. 1. 289, col. 3; Carré, *Lois de la compétence*, VIII, p. 130 s., § 3. — Cpr. Charmont, *Examen doctrinal, jurisprudence civile*, *Rev. crit.*, 1894, p. 74; Huc, VII, n. 88, p. 130.

(4) Ce second alinéa de l'art. 1134 est, lui aussi, emprunté presque littéralement à Domat, qui, après le passage cité plus haut, s'exprimait ainsi : «.., Et elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section IV ». *Loc. cit.* — Ce que nous disons de la révocation est également vrai des modifications. V. une application intéressante dans Douai, 9 nov. 1899, D. P., 1901. 2. 46.

Mais, puisque le consentement forme le contrat, un consentement contraire doit pouvoir le dissoudre (1).

Toutes les règles que nous avons énoncées en ce qui concerne les conditions requises pour qu'il y ait accord des volontés, s'appliquent aussi bien lorsqu'il s'agit de revenir sur les conventions que lorsqu'il s'agit de les faire naître, et, par suite, dans le cas dont nous parlons maintenant, le consentement ne peut se former que si, au moment où l'acceptation intervient, la proposition d'anéantir la convention subsiste encore.

D'ailleurs, ici, conformément à la règle générale, le consentement tacite a autant d'effet que le consentement exprès; l'intention qu'ont eue les parties de se dégager réciproquement de la convention, pourrait donc résulter des circonstances (2).

339. Toutefois la révocation résultant du consentement en sens contraire manifesté par les parties contractantes ne produit ses effets que dans l'avenir, non dans le passé. Le passé n'appartient plus aux parties contractantes, et il n'est pas en leur pouvoir de supprimer ce qu'il contient. Les effets que le contrat a produits dans le passé seront donc maintenus; leur anéantissement aurait pu d'ailleurs porter atteinte à des droits acquis à des tiers. Ainsi je vous vends ma maison moyennant un certain prix; cette convention vous rend immédiatement propriétaire. Art. 1138. Quelques mois après, nous convenons que la vente sera non avenue. Résultera-t-il de cette nouvelle convention que la vente sera considérée comme n'ayant jamais existé, que, par suite, vous serez censé n'avoir jamais été propriétaire de la maison, et moi n'avoir jamais cessé de l'être? Non, notre nouvelle convention n'agira que

(1) Instit., § 4, *Quibus modis obligatio solvitur*, III, 29. — Civ. cass., 27 juillet 1892, D. P., 92. 1. 492 (note), et, sur renvoi, Amiens, 19 janv. 1893, D. P., 93. 2. 298.

(2) Laurent, XVI, n. 185. — Civ. rej., 7 juil. 1858 (2 espèces), D. P., 58. 1. 329. — Ainsi les primes d'assurances, bien que, dans la police, elles soient stipulées portables, c'est-à-dire payables au domicile de l'assureur, peuvent être considérées comme devenues quérables, lorsqu'en fait, depuis la formation du contrat, les agents collecteurs de la Compagnie d'assurances se sont habituellement présentés chez l'assuré pour le recouvrement des primes échues. V. notre tome II, n. 1511, texte et notes.

dans l'avenir ; elle aura seulement pour résultat de me *retransférer* la propriété que la vente vous avait transmise, de sorte qu'il y aura dans mon droit de propriété une solution de continuité, que notre volonté commune ne peut pas faire disparaître.

Il en résulte notamment cette conséquence que le fisc sera fondé à réclamer deux droits de mutation, tandis qu'aucun ne lui serait dû, si la vente était résolue dans le passé. Il s'ensuit également que la révocation ne pourra porter aucune atteinte aux droits acquis à des tiers sur la chose, du chef de l'acquéreur. Ainsi le vendeur, qui reprend l'immeuble vendu, devra respecter les baux consentis par l'acheteur, et aussi les droits réels, tels que servitudes, hypothèques, dont il l'aurait grevé ou qui se seraient établis sur lui de son chef, par exemple l'hypothèque légale de sa femme. Le tout sauf la question de transcription et d'inscription [1].

Il en est autrement de la *révocation* ou *résolution* (nous considérons ces deux mots comme synonymes), qui s'opère en vertu d'une condition résolutoire expresse (art. 1183) ou tacite (art. 1184) : elle agit dans le passé comme dans l'avenir ; car la condition résolutoire accomplie « remet les choses » au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Art. 1183. Les tiers pourront donc en subir les conséquences : ce dont ils n'ont pas le droit de se plaindre, parce qu'ils ont pu prévoir cette révocation, tandis qu'ils ne pouvaient pas prévoir celle résultant de la libre volonté des parties.

340. La règle que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties contractantes, souffre deux exceptions :

1° Le mandat peut prendre fin par la seule volonté soit du mandant, soit du mandataire (art. 2003) [2] ;

2° Le contrat de société, au moins quand il a été formé pour une durée illimitée, peut se dissoudre par la volonté d'un seul des associés. Art. 1865-5° et art. 1869. Pour qu'une société prospère, il est indispensable que les associés soient

[1] Cpr. Demolombe, XXIV, n. 392 ; Laurent, XVI, n. 183 ; Huc, VII, n. 89.

[2] V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat.....*, n. 808-831.

d'accord. Dès que la mésintelligence éclate entre eux, il vaut mieux leur rendre leur liberté [1].

341. D'un autre côté, il y a des conventions qui ne peuvent pas être révoquées par le consentement mutuel des parties; ce sont l'adoption, le mariage et les conventions matrimoniales, une fois que le mariage est célébré. Art. 1395.

342. Les conventions peuvent aussi être révoquées *pour les causes que la loi autorise.* Ainsi la vente peut être révoquée (ou résolue) pour défaut de paiement du prix. Art. 1654. La donation peut être révoquée pour cause d'inexécution des charges, d'ingratitude du donataire ou de survenance d'enfant au donateur. Art. 953.

La révocation, qui se produit en vertu de la loi, a lieu tantôt avec effet rétroactif, tantôt sans effet rétroactif. Ainsi, parmi les causes de révocation des donations, il y en a une qui opère sans effet rétroactif; c'est la révocation pour cause d'ingratitude. Les deux autres au contraire opèrent rétroactivement.

343. L'art. 1134 contient un dernier alinéa, ainsi conçu : « *Elles* [les conventions] *doivent être exécutées de bonne foi* ». — *De bonne foi,* c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but qu'elles se sont proposé en contractant [2].

L'art. 1135 ne fait que déduire une conséquence de ce principe lorsqu'il ajoute : « *Les conventions obligent non* » *seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les* » *suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obliga-* » *tion d'après sa nature* ». Par application de cette disposition, il a été décidé que, nonobstant l'art. 2004, qui reconnaît au mandant le droit de révoquer le mandat quand bon lui semble, la personne qui représentait à la commission une maison de commerce depuis plusieurs années a droit, en dehors même des principes du mandat, à une indemnité en cas de renvoi intempestif, les parties étant obligées aux suites que l'équité donne à la convention [3].

Nous citerons encore la décision suivante : le notaire en

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société.....*, n. 438-456.
(2) Req., 31 janv. 1887, S., 87. 1. 420.
(3) Lyon, 6 avril 1895, D. P., 95. 2. 432.

exercice qui achète une autre étude, vacante par suite de décès du titulaire, contracte par cela même l'engagement implicite de se défaire, à bref délai, de l'office dont il est investi, pour devenir idoine à postuler celui qu'il se fait céder en dernier lieu. Il est donc en faute au regard de la partie cédante lorsqu'il laisse passer un délai de six mois sans présenter un successeur, qu'il eût été facile de se procurer, s'il n'avait pas réclamé, pour la transmission de sa charge, un prix trop élevé (1).

Mais, pour que l'art. 1135 soit applicable, il faut que la volonté des parties ne s'y oppose pas. En d'autres termes, cet article suppose que les contractants se sont tacitement référés aux principes admis par la loi, l'usage ou l'équité.

Il s'ensuit que, lorsque les parties ont exprimé leur volonté sur un certain point, la question de savoir si un usage contraire doit s'appliquer ne peut pas se poser.

SECTION II

DE L'OBLIGATION DE DONNER

344. Aux termes de l'art. 1136 : « *L'obligation de donner » emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la » livraison, à peine de dommages-intérêts envers le créan- » cier* ». Dans la langue du droit, l'expression *donner* a trois acceptions. Tantôt elle signifie transférer la propriété à titre gratuit. Tantôt elle signifie *transférer la propriété*. C'est là son acception traditionnelle. Tantôt elle s'applique non seulement au transfert de la propriété, mais encore à celui de la possession et même du simple usage ; elle est alors à peu près synonyme de livrer. Plusieurs auteurs pensent que c'est dans ce dernier sens, par conséquent dans le sens le plus large, qu'elle est prise dans notre section (2). Ce n'est pas notre avis.

(1) Req., 20 juin 1900, D. P., 1901. 1. 60. — V. pour d'autres applications Req., 27 juil. 1880, D. P., 81. 1. 165; 25 janv. 1894, D. P., 94. 1. 207; 18 juin 1897, D. P., 97. 1. 383; 2 janv. 1901, D. P., 1901. 1. 24. — Civ. rej., 29 oct. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 593. — Rennes, 27 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 796, *Droit*, 6 juin 1902, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1902. 2. 89, *Loi*, 7 juin 1902.

(2) V. notamment Demolombe. XXIV, n. 396; Laurent, XVI, n. 187.

Il est évident, nous le verrons, que, dans l'art. 1141, *donner* signifie *transférer la propriété*. De plus, l'art. 1138, parlant de l'obligation de livrer qui découle de l'obligation de donner, déclare que le créancier devient *propriétaire* dès l'instant où la chose a dû être livrée. Il résulte donc bien de cette disposition que l'obligation de donner avait pour objet, dans l'esprit du législateur, la translation de la propriété. Or il n'y a pas de raison pour supposer que l'art. 1136 prend le mot *donner* dans un autre sens [1]. Mais, incontestablement, l'obligation de conserver la chose et celle de la livrer, résultats de l'obligation de donner, découlent aussi de l'obligation qui a pour objet le transfert de la possession ou de l'usage. Le bailleur, par exemple, est certainement tenu de conserver et de livrer la chose; de sorte qu'en définitive, la question de savoir quelle est ici l'acception du mot *donner* ne présente pas d'intérêt pratique.

Ainsi que le dit l'art. 1136, l'obligation de donner en engendre elle-même deux autres : 1° l'obligation de *livrer* la chose au créancier, c'est-à-dire de la mettre en sa puissance et possession (art. 1604); 2° l'obligation de la conserver jusqu'à l'époque de la livraison. Nous parlerons d'abord de cette dernière, comme le fait le Code civil et comme l'exige l'ordre logique des idées.

§ I. *De l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison.*

345. L'obligation de *conserver* la chose, ou plutôt de *veiller à sa conservation,* suppose qu'il s'agit d'un corps certain. Elle ne saurait exister dans une obligation ayant pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce. A quoi, en effet, cette obligation pourrait-elle s'appliquer, lorsque la chose qui doit être livrée en exécution de la convention n'est pas individuellement déterminée?

L'obligation de conserver est une obligation de faire et de ne pas faire : de faire ce qui est nécessaire pour empêcher la

[1] *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 52 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 38, note 3, 5e édit., p. 60, note 3; Huc, VII, n. 91.

chose de périr ou de se détériorer; de ne pas faire ce qui pourrait entraîner sa destruction ou sa détérioration. Conformément à la disposition de l'art. 1142, cette obligation se résoudra en dommages et intérêts en cas d'inexécution, mais tout autant seulement que l'inexécution pourra être imputée *à faute* au débiteur. Arg. art. 1147 et 1148.

346. Naît alors la question de savoir de quelle *faute* le débiteur est responsable, quelle est l'étendue des soins qu'il doit apporter à la conservation de la chose, quelle est la mesure de sa responsabilité. C'est la célèbre théorie de la *prestation des fautes*. Disons tout de suite que cette matière a bien moins d'importance dans le domaine de la pratique que dans celui de la théorie.

La raison en est simple : en supposant que le législateur établisse plusieurs catégories de fautes, suivant leur gravité, par exemple la faute grave, la faute légère et la faute très légère, et qu'il déclare que, dans telle situation déterminée, le débiteur répondra de la première faute, dans telle autre de la seconde..., il faudra toujours arriver à savoir *en fait* dans quelle catégorie rentre la faute dont le débiteur s'est rendu coupable. Le juge sera chargé bien évidemment de résoudre cette question. Mais il est clair qu'il y aura nécessairement de nombreuses variantes dans ses appréciations, suivant qu'il sera sévère ou indulgent. La même faute sera considérée comme grave par celui-ci, comme légère par celui-là ; de sorte que le juge se trouvera par la force même des choses à peu près maître de la situation, et les dispositions impératives de la loi en cette matière n'auront le plus souvent en fait que la valeur d'un simple conseil.

347. On s'explique ainsi que notre législateur, qui composait une œuvre essentiellement pratique, ait réduit la théorie de la prestation des fautes à des proportions fort exiguës. Elle est contenue dans l'art. 1137, ainsi conçu : « *L'obligation de* » *veiller à la conservation de la chose, soit que la convention* » *n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle* » *ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est* » *chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.* » — *Cette obligation est plus ou moins étendue relativement*

» *à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expli-* » *qués sous les titres qui les concernent* ».

Ainsi le débiteur, en tant qu'il est tenu de veiller à la conservation de la chose, objet de son obligation, est responsable de la faute que ne commettrait pas un *bon père de famille*, c'est-à-dire un propriétaire soigneux et diligent (1); il répond de la faute que les interprètes du droit romain appellent *culpa levis in abstracto*, par opposition à la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire à la faute que le débiteur ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires (2).

(1) En parlant d'un *bon père de famille*, le législateur a eu certainement en vue ce que les jurisconsultes romains entendaient par ces expressions « *homo diligens et studiosus paterfamilias* ». L. 25, D., *De prob. et præs.*, XXII, 3. — En ce qui concerne le terme de comparaison choisi pour la détermination de la responsabilité contractuelle de droit commun, le Code civil allemand renferme une innovation intéressante. Il ne considère pas le débiteur comme suffisamment vigilant, par cela seul qu'il apporte à l'exécution de l'obligation les soins dont un homme diligent fait preuve dans ses affaires personnelles. Aux termes de son art. 276, il y a négligence quand le débiteur n'a pas pris les soins exigés *en affaires*. Ainsi, comme le fait observer M. Saleilles, il substitue le type du loyal commerçant à celui du bon père de famille. Ce changement n'est pas indifférent. Il suppose une distinction qui peut sembler d'abord un peu subtile, mais qui, au fond, est exacte. Le bon père de famille agit ou, du moins, s'efforce d'agir dans son intérêt propre. Le loyal commerçant, autant que le lui permet l'interprétation du contrat, prend en considération l'intérêt de son créancier, dût-il pour cela montrer une vigilance supérieure à celle qu'un bon administrateur apporte à ses affaires personnelles. — V. Saleilles, Traduct. du C. civ. allem., note sous l'art. 276, p. 397, et *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, XXVIe année, p. 759-760.

(2) Pothier, avec la plupart des anciens jurisconsultes, notamment avec Alciat, Accurse, Cujas, Duaren, Vinnius, distinguait trois degrés de fautes :

1° *La faute lourde, culpa lata*. Elle suppose chez celui qui la commet une négligence impardonnable ou une ineptie sans nom. A raison de sa gravité on l'assimilait au dol, *culpa dolo proxima;*

2° *La faute légère, culpa levis* ou *levior;* c'est celle que ne commet pas un bon administrateur, un bon père de famille, *diligens paterfamilias*, celle qui correspond à une diligence moyenne, « au soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires », dit Pothier;

3° *La faute très légère, culpa levissima*, celle que ne commet pas un administrateur d'une diligence exceptionnelle, *diligentissimus paterfamilias*.

Voici maintenant quelle était l'utilité pratique de cette distinction tripartite. Dans les contrats où l'intérêt seul du créancier était en jeu, comme le contrat de dépôt, qui se fait pour l'avantage exclusif du déposant, le débiteur ne répondait que de sa faute lourde. Il répondait au contraire de sa faute très légère, dans les contrats qui intervenaient en vue de son intérêt exclusif, comme le contrat de prêt à usage, qui a lieu pour le seul avantage de l'emprunteur. Enfin, dans les contrats intéressés de part et d'autre, comme la vente, le louage, le débiteur répondait de

348. Telle est la règle. La loi l'a formulée dans les termes absolus; elle peut donc être invoquée, le cas échéant, par le débiteur aussi bien que contre lui. C'est dire que, si le débiteur apporte à la gestion de ses propres affaires une diligence exceptionnelle, extraordinaire, on ne pourra pas exiger de lui cette diligence relativement à la conservation de la chose qu'il s'est obligé à donner et, par suite, à livrer. Il ne doit que la diligence d'un bon père de famille. L'opi-

sa faute légère. Pothier annonce, toutefois, que ces règles souffraient beaucoup d'exceptions. — V. Pothier, *Oblig.*, n. 142, et l'*Observation générale*, placée à la suite de ce traité.

Nos anciens jurisconsultes ont imaginé, sans s'en douter, la théorie des trois degrés de faute; car elle n'existait pas dans les textes du droit romain, où ils ont cru la découvrir. D'après la plupart des romanistes modernes, le droit romain ne reconnaissait que deux degrés de faute : la faute lourde, *culpa lata*, et la faute légère, désignée indifféremment dans les textes par les expressions *culpa levis*, *culpa levior* et *culpa levissima*. Seulement il y avait, suivant les cas, deux manières de supputer la faute légère : *in concreto*, lorsqu'on tenait compte, pour l'apprécier, du caractère et des habitudes de celui qui l'avait commise; *in abstracto*, lorsqu'on en faisait *abstraction*, lorsqu'on pesait la faute en recherchant ce que son auteur aurait dû être, plutôt que ce qu'il était en réalité. En un mot, la *culpa levis in concreto* était celle que le débiteur n'aurait pas commise dans la gestion de ses propres intérêts; la *culpa levis in abstracto*, celle que n'aurait pas commise un bon père de famille. — V. Accarias, *op. cit.*, 4e édit., II, n. 662-663, et surtout p. 449, note 4; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 637 640, 3e édit., p. 646-649.

Il suffit de lire l'art. 1137, al. 1, pour voir qu'il supprime l'ancienne distinction des trois degrés de faute et les applications qu'on en avait faites. « L'obligation de » veiller à la conservation de la chose, *soit que la convention n'ait pour objet que* » *l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune,* » soumet celui qui en est chargé à y apporter *tous les soins d'un bon père de* » *famille* ». Au surplus, dans l'exposé des motifs, Bigot-Préameneu a formellement déclaré que le Code abrogeait les distinctions que les interprètes ont cru trouver dans le droit romain : après avoir rappelé la division tripartite des fautes, il s'exprime ainsi : « Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique : il n'en faut pas moins, sur chaque faute, vérifier si l'obligation du débiteur est plus stricte; quel est l'intérêt des parties; comment elles ont entendu s'obliger; quelles sont les circonstances. Lorsque la conscience du juge a été ainsi éclairée, il n'a pas besoin de règles générales pour prononcer suivant l'équité. La théorie dans laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L'équité elle-même répugne à des idées subtiles. On ne la reconnaît qu'à cette simplicité qui frappe à la fois l'esprit et le cœur ». Fenet, XIII, p. 230; Locré, XII, p. 427, n. 32. — Cpr. le rapport du tribun Favart, Fenet, XIII, p. 320; Locré, XII, p. 431. — V. notamment dans ce sens Larombière, I, p. 417 (art. 1137, n. 3); Laurent, XVI, n. 216; Huc, VII, n. 93; Planiol, II, 1re édit., n. 248-249, 2e et 3e édit., n. 236-237. — Cpr. Demolombe, XXIV, n. 411; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 100-101, note 26, 5e édit., p. 162-164, note 26.

nion contraire, qui, cependant, a été défendue par des auteurs très estimables, a le grave défaut d'ajouter à la loi [1].

349. Mais la partie finale de l'art. **1137** nous annonce que la règle reçoit quelques tempéraments *relativement à certains contrats* [2]. Quels sont ces contrats ? On cite :

350. 1° *Le dépôt*. Aux termes de l'art. **1927** : « Le déposi- » taire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les » mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui » appartiennent ». Le dépositaire est donc tenu, en principe, d'une diligence moindre que celle qu'exige en règle générale l'art. **1137**. Le déposant n'a aucune réclamation à élever contre lui, du moment qu'il n'a pas apporté moins de diligence à la conservation de la chose déposée qu'à celle des choses qui lui appartiennent, alors même qu'il aurait commis quelque faute que n'aurait pas commise un bon père de famille; s'il est négligent pour ses propres affaires, il a le droit de l'être dans la même mesure pour la chose déposée. La loi restreint donc ici la responsabilité du dépositaire à la *culpa levis in concreto* et, en disposant ainsi, elle ne fait qu'interpréter la volonté probable des parties contractantes. C'est le déposant qui a pris l'initiative du dépôt; en l'acceptant, le dépositaire n'a pas d'autre but que de lui rendre service, car le dépôt est gratuit. Dans ces conditions, le déposant peut-il raisonnablement demander au dépositaire plus de soin pour la conservation de la chose déposée que pour celle des choses

(1) *Sic* Laurent, XVI, n. 220. — *Contra* Demolombe, XXIV, n. 411, p. 389; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 102, 5e édit., p. 164 *in fine* et 165; Larombière, I, p. 421 (art. 1137, n. 4).

(2) Il ne peut exister aucun doute sur la portée de l'art. 1137. Ce texte se décompose en deux parties : d'abord, énoncé d'une règle générale; puis, allusion à des exceptions que le législateur (ce qui était d'ailleurs superflu) s'est réservé le droit de formuler lui-même. Arg de ces mots «... dont les effets à cet égard *seront expliqués sous les titres qui les concernent* ». Colmet de Santerre, V, n. 54 *bis*-I; Larombière, I, p. 417-420 (art. 1137, n. 3); Laurent, XVI, n. 221; Huc, VII, n. 93-94; Planiol, II, 1re édit., n. 250, 2e et 3e édit., n. 238. — Il est vraiment surprenant qu'en présence d'une disposition aussi claire on ait eu l'idée de soutenir que le second alinéa de l'art. 1137, détruisait le principe posé dans le premier alinéa, et qu'en réalité le Code avait admis l'ancienne division tripartite des fautes. C'est cependant ce qu'a soutenu Duranton, X, n. 396 s.

qui lui appartiennent et au milieu desquelles il l'a sans doute placée [1]?

351. Et toutefois, les circonstances particulières dans lesquelles le dépôt a été fait peuvent venir aggraver la responsabilité du dépositaire. L'art. 1928 les indique dans les termes suivants : « La disposition de l'article pécédent doit » être appliquée avec plus de rigueur : 1° si le dépositaire » s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt; 2° s'il a sti- » pulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt a » été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° s'il a » été convenu expressément que le dépositaire répondrait de » toute espèce de faute ». Pour nous, en disant que, dans les cas prévus par l'art. 1928, la disposition du précédent article doit être *appliquée avec plus de rigueur,* le législateur entend que, dans ces cas, la règle posée par l'art. 1137, dans son 1er al., reprend son empire. Le dépositaire est donc tenu alors de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille. Cela ne nous paraît pas douteux pour le cas où il a été convenu que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. La tradition est en ce sens, car, en droit romain, celui dont la responsabilité était ainsi précisée était tenu de la *culpa levis in abstracto.* Si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt, il s'est par là même engagé à apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille. Enfin, dans les deux autres hypothèses, c'est-à-dire lorsque le dépôt est salarié et lorsqu'il est fait exclusivement dans l'intérêt du dépositaire, nous ne voyons pas pourquoi on ne s'en tiendrait pas à la responsabilité de droit commun.

Ainsi, même dans les cas dont parle l'art. 1928, le dépositaire qui montre dans l'administration de ses affaires personnelles une diligence extraordinaire, n'est pas tenu d'apporter les mêmes soins à la conservation de la chose déposée. Les premiers mots de l'art. 1928 sont, il est vrai, assez vagues, et on pourrait être tenté, en conséquence, de soutenir qu'ils

[1] V. pour les développements, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt, du dépôt,* n. 1054-1056.

autorisent l'autre interprétation. Mais, du moment qu'ils peuvent s'expliquer par un simple retour à la règle, on doit préférer notre solution, car, en cas de doute, il serait contraire aux principes généraux d'admettre une exception [1].

352. 2° Il faut, croyons-nous, voir une exception du même genre dans l'art. **1992**, ainsi conçu : « Le mandataire répond » non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet » dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux » fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le » mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ». On peut interpréter la deuxième partie de ce texte en ce sens que le mandataire, dont le mandat est gratuit, ne serait tenu que de la *culpa levis in concreto* [2].

Colmet de Santerre est d'un avis contraire. Pour lui, il ne résulte point du second alinéa de l'art. **1137** que les juges puissent, pour certains contrats, limiter la responsabilité à la *culpa levis in concreto ;* ce texte les autoriserait simplement à se faire, par exception, une idée plus ou moins sévère d'un bon père de famille. Ils devraient donc, quand le mandat est gratuit, prendre pour terme de comparaison un type de père de famille moins diligent [3]. Mais, si le second alinéa de l'art. **1137** n'avait que cette portée, ne serait-il pas absolument inutile ? Est-ce que l'idée que les juges se font d'un bon père de famille n'est pas essentiellement variable, relative, subordonnée à toutes les circonstances du fait ? N'est-il pas évident qu'elle présente ces caractères dans tous les cas, c'est-à-dire quel que soit le contrat dont il s'agit, que l'on soit ou non dans une des exceptions annoncées à la fin de l'art. **1137** ? Le législateur aurait-il écrit une disposition pour attri-

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1059-1065. — V. aussi Laurent, XVI, n. 223 et XXVII, n. 98-99; Guillouard, *Dépôt*, n. 53-55. — Cpr. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 102, note 30, 5e édit., p. 165, note 30; Larombière, I, p. 426 (art. 1137, n. 6).

(2) *Sic* Laurent, n. 224. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat.*, *du mandat*, n. 593. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 54 *bis*-I, p. 69 *in fine*. — Quand il reçoit un salaire, le mandataire répond de la *culpa levis in abstracto;* mais, pas plus lui que toute autre personne obligée en vertu d'un contrat, il n'est tenu de la faute très légère. — Req., 21 janv. 1890, S., 90. 1. 408, D. P., 91. 1. 380.

(3) Colmet de Santerre, *loc. cit.*

buer aux juges une faculté qui leur appartient nécessairement?

353. En principe, au point de vue de la prestation des fautes, le commodataire demeure sous l'empire du droit commun. C'est ce que dit l'art. 1880 : « L'emprunteur est tenu de veiller *en bon père de famille* à la garde et à la conservation de la chose prêtée ». Mais, aux termes de l'art. 1882 : « Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou, si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre ». Faut-il voir dans cette dernière disposition une autre exception à la règle de l'art. 1137? Non, à notre avis. A raison de la reconnaissance qu'il doit au prêteur, la loi impose à l'emprunteur l'obligation de sauver la chose du prêteur de préférence aux siennes. En cas de manquement à cette obligation, l'emprunteur répond des cas fortuits. L'art. 1882 n'a donc pas pour objet de décider que l'emprunteur est tenu de la faute très légère [1].

354. Les explications dans lesquelles nous venons d'entrer au sujet de l'art. 1137 se résument à des idées fort simples. A cette question : de quelle diligence est tenu le débiteur chargé de veiller à la conservation de la chose, jusqu'à l'époque fixée pour la livraison? la loi répond : de la diligence qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses affaires. Le débiteur répondra donc de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, de la *culpa levis in abstracto,* si on veut adopter l'ancienne terminologie. Voilà la règle ; elle est formulée en termes très nets dans l'alinéa 1 de l'art. 1137. De plus, on ne peut guère contester que l'alinéa 2 du même article annonce l'intention du législateur d'établir certaines limitations à cette règle : nous les avons indiquées.

Nous nous trouvons ainsi avoir réfuté d'avance les théories d'après lesquelles le Code civil aurait consacré la division tripartite des fautes. Il est inutile de les examiner d'une façon

[1] *Sic* Troplong, *Prêt,* n. 116; Duvergier, n. 66; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 102, note 30, 5e édit., p. 165, note 30; Demolombe, XXIV, n. 412; Laurent, XVI, n. 227, et XXVI, n. 474; Guillouard, *Prêt,* n. 38; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.,* n. 641. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 54 *bis*-I.

spéciale. Elles n'ont guère, d'ailleurs, rencontré de partisans [1].

355. L'art. 1137 est relatif à la faute *contractuelle*, c'est-à-dire à celle qui consiste à ne pas exécuter ou à mal exécuter une obligation résultant d'un contrat. Peu importe d'ailleurs que ce soit, comme le suppose l'art. 1137, l'obligation de conserver, jusqu'à l'époque de la livraison, la chose due, ou toute autre obligation de faire, car il n'y a pas de motif pour distinguer.

A la faute *contractuelle* on oppose la faute dite *aquilienne* ou *délictuelle*. Les commentateurs désignent sous ce nom la faute donnant lieu à la responsabilité édictée par les art. 1382 et suivants, qui constituent notre loi *Aquilia*. On sait que la loi *Aquilia* était relative au *damnum injuria datum*. Le délit qu'elle prévoyait consistait en un dommage causé injustement à autrui. Il n'était pas nécessaire que l'auteur de ce délit eût agi par dol. Il suffisait qu'il eût commis une faute. Mais il fallait en outre que le dommage eût été causé dans certaines conditions spéciales [2]. La règle qui se trouvait formulée dans la loi *Aquilia* a reçu des extensions successives, et c'est cette règle absolument généralisée qui a passé dans les art. 1382 et 1383 du Code civil.

La faute la plus légère suffisait pour faire encourir la responsabilité édictée par la loi *Aquilia* [3]. L'art. 1383 consacre le même principe : « Chacun est responsable du dom-» mage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore » par sa négligence ou par son imprudence ». Il s'agit du dommage causé par un délit ou par un quasi-délit. La faute la plus légère, une négligence ou une simple imprudence de la part de celui qui a causé ce préjudice, suffira pour qu'il en soit responsable.

356. Dans la théorie traditionnelle, admise aujourd'hui

(1) Ce sont les théories défendues par Duranton, *loc. cit.*, et par Proudhon, *Usufruit*, III, n. 1494 s. — V. pour leur réfutation, Larombière, I, p. 428-430 (art. 1137, n. 8 et 9); Demolombe, XXIV, n. 407.

(2) V. Accarias, *op. cit.*, II, p. 499 *in fine*; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 402-405, 3e édit., p. 408-412.

(3) « *In lege Aquilia et levissima culpa venit* ». L. 44, D., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2.

encore par la plupart des auteurs, l'intérêt de la distinction des deux fautes apparaît à plusieurs points de vue [1] : 1° Le demandeur en dommages-intérêts n'a pas à prouver la faute contractuelle; il doit, au contraire, établir la faute délictuelle [2]; 2° Une mise en demeure est nécessaire pour obtenir les dommages et intérêts dus à raison d'une faute contractuelle. Art. 1139 et 1146. Au contraire celui qui est recherché à raison d'une faute délictuelle est en demeure de plein droit. Arg. art. 1382 s.; — 3° L'art. 1150 ne reçoit pas son application à la faute délictuelle. En effet la décision que donne ce texte est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes; or, ici, nous n'avons pas de parties contractantes; 4° L'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit répond même de sa faute très légère; il en est autrement de l'individu soumis à la responsabilité contractuelle; il ne répond que de la *culpa levis in abstracto* [3].

Il ne faut pas sans doute exagérer la différence qui existe entre la faute délictuelle et la faute contractuelle : au point de vue philosophique, elles consistent, l'une et l'autre, dans un fait illicite; que le droit résulte d'un contrat ou qu'il ait une autre source, sa violation constitue un délit civil. Aussi, pourrait-on, suivant la formule que M. Saleilles emprunte à un auteur allemand, M. Stobb, dire que la faute contractuelle engendre une responsabilité de délit contractuel. Il n'est donc pas besoin de recourir à l'idée de garantie tacite pour justifier

(1) V. notamment Huc, VII, n. 95. — V. aussi Laurent, XVI, n. 230, XX, n. 463 et 523, XXV, n. 288.

(2) Civ. cass., 22 oct. 1889, S., 89. 1. 478, D. P., 90. 1. 122. — Il ne faut pas dire toutefois, comme on le fait trop souvent, que la faute contractuelle *se présume*. Théoriquement, cela n'est pas exact. Jusqu'à preuve contraire, c'est-à-dire tant que le débiteur n'établit pas qu'il a rempli son obligation ou qu'il a été mis par un cas fortuit ou de force majeure dans l'impossibilité de la remplir, la faute contractuelle résulte de l'inexécution même de l'obligation. Ainsi, dès que le créancier a justifié de son droit et en supposant que le débiteur ne prouve pas sa libération, la faute de ce dernier est démontrée. On n'a donc pas à exiger du créancier qu'il l'établisse. Si, au contraire, quand il s'agit de l'application de l'art. 1382, le demandeur en dommages-intérêts doit prouver la faute, c'est tout simplement parce qu'il ne s'appuie pas sur un droit antérieur au fait délictuel. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, n. 333, 1re édit., p. 394, 2e édit., p. 436.

(3) Req., 21 janv. 1890, S., 90. 1. 408, D. P., 91. 1. 380. — Paris, 25 mai 1894, S., 95. 2. 475.

la responsabilité visée par l'art. 1137. De plus, on peut dire avec raison qu'en législation il n'y a aucune distinction à faire entre les deux fautes au point de vue de l'étendue de l'indemnité qui est due à la victime du délit. Mais le fait que l'une des deux fautes suppose une convention antérieure et qu'il n'en est pas ainsi de l'autre, suffit, croyons-nous, pour qu'il existe entre elles certaines différences (1).

Dans ces dernières années, la distinction des deux fautes a été très attaquée. Quelques auteurs lui ont opposé, non sans talent, la théorie de l'unité de faute (2). Mais, si l'on doit admettre que telle ou telle des différences dont nous avons reproduit la liste est discutable, il en est une qui, même de l'aveu des adversaires de la distinction, est certaine, celle qui résulte de la disposition de l'art. 1150 (3). Puis est-il vraiment inexact de dire que la faute aquilienne ou délictuelle, à la différence de la faute contractuelle, ne suppose pas d'obligation préexistante et a pour résultat de créer une obligation ? Pour le soutenir, il faut considérer comme des obligations les devoirs généraux qui incombent à tous les hommes, du moins ceux dont la loi positive sanctionne la violation, par exemple, le devoir de ne pas tuer ses semblables, celui de ne pas voler, etc... ? Est-ce là prendre le mot *obligation* dans son sens juridique? L'obligation n'implique-t-elle pas une restriction à la liberté naturelle d'un individu, l'existence entre deux personnes déterminées d'un rapport de droit spécial ? Avant que la faute aquilienne ait été commise, on ne saurait dire qu'il y a un créancier et un débiteur. Cette façon de parler est, au contraire, exacte après la perpétration du délit ou du quasi-délit. Cela ne prouve-t-il pas que cette faute engendre, en effet, une obligation?

357. Ainsi la loi réglemente par des dispositions distinctes la faute *contractuelle*, relative aux obligations résultant d'un

(1) Saleilles, *op. cit.*, n. 330-333, 1re édit., p. 386-395, 2e édit., p. 425-438.

(2) V. surtout Planiol, II, 1re édit., n. 911-915, 921-927, 935-938, 2e et 3e édit., n. 873-877, 883-889, 896-898. — V. aussi Lefebvre, *Responsabilité délictuelle et contractuelle, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVe année, 1886, nouv. série, t. XV, p. 485 s.; Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité* (thèse, Rennes, 1892).

(3) V. Planiol, II, 1re édit., n. 936, 2e et 3e édit., n. 897.

contrat (art. 1137), et la faute *délictuelle* (art. 1382-1383), relative aux obligations résultant d'un délit ou d'un quasi-délit.

Elle ne s'occupe, il est vrai, de la première de ces fautes qu'au sujet des obligations de donner. Mais on décide en général que la disposition du premier alinéa de l'art. 1137 s'applique aussi aux obligations de faire ou de ne pas faire. Peu importe la façon dont cette disposition est formulée ; peu importe également la rubrique de la section où elle est placée. Il faut considérer que la loi ne traite nulle part ailleurs de la prestation des fautes. D'ailleurs pourquoi celui qui s'est obligé à faire ou à ne pas faire ne serait-il pas tenu de la même diligence que s'il avait contracté une obligation de donner? On ne voit pas quel serait le motif de la distinction. Larombière objecte « l'infinie variété des obligations de faire ». Cette variété s'oppose, fait-il observer, à ce que législateur pût déterminer la nature des soins que les débiteurs doivent apporter à leur exécution. Mais le juge ne pourra-t-il pas toujours se demander quels sont, eu égard au fait dont il s'agira dans l'espèce, les soins qu'on aurait pu attendre d'un homme diligent ayant, d'ailleurs, les aptitudes et les connaissances voulues pour exécuter l'obligation ? Cela prouve simplement que le pouvoir d'appréciation des tribunaux joue ici un grand rôle [1].

358. Mais il y a aussi les obligations résultant des *quasi-contrats* et de la *loi;* de quelle faute le débiteur répondra-t-il dans ces obligations ? Lui appliquera-t-on les dispositions relatives à la faute contractuelle ou celles relatives à la faute délictuelle? Répondons sans hésiter : les dispositions relatives à la faute contractuelle. On peut les considérer comme constituant le droit commun en matière de faute. Deux textes confirment d'ailleurs cette solution : l'un pour les obligations résultant des quasi-contrats, l'autre pour les obligations résultant de la loi.

Pour les obligations résultant des quasi-contrats, c'est l'art. 1373, relatif à la gestion des affaires, qui dispose dans son

[1] *Sic* Demolombe, XXIV, n. 404; Colmet de Santerre, V, n. 54 *bis*-IV; Laurent, XVI, n. 232; Thiry, II, n. 624. — *Contra* Larombière, I, p. 434 (art. 1137, n. 15).

al. 1 : « Il [le gérant] est tenu d'apporter à la gestion de » l'affaire tous les soins d'un bon père de famille » (1). On ne voit aucun motif pour ne pas généraliser cette disposition et pour ne pas l'étendre à tous les autres quasi-contrats (2).

Notons cependant une exception en ce qui concerne l'héritier bénéficiaire, si l'on admet que son obligation résulte d'un quasi-contrat. Aux termes de l'art. 804 : « Il n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé ». C'est le seul texte où le législateur parle de la faute *grave*. Mais quelle est ici la portée de cette expression ? Nous croyons que l'héritier bénéficiaire doit administrer la succession avec autant de soin que sa fortune personnelle, sans être, d'ailleurs, tenu de la vigilance, qui, dans l'administration de ses propres affaires, excèderait celle d'un bon père de famille. Il n'est pas étonnant que, pour exprimer cette idée, le législateur ait employé l'expression *faute grave,* puisque, au moment où il édictait l'art. 804, il n'avait pas encore posé les règles relatives à la prestation des fautes (3).

Pour les obligations résultant de la loi, nous avons l'art. 450, qui dispose que le tuteur « administrera... *en bon père*

(1) Ainsi le gérant d'affaires, qui, évidemment, n'est pas salarié, répond de la *culpa levis in abstracto,* tandis que le mandataire est seulement tenu de la *culpa levis in concreto,* lorsque le mandat est gratuit. Cela s'explique par cette considération que le gérant d'affaires, à la différence du mandataire, s'est spontanément chargé de gérer. Il peut donc être comparé au dépositaire qui est venu s'offrir, et dont, par suite, la responsabilité est plus lourde. Art. 1928. — Mais, dans son second alinéa, l'art. 1374 ajoute : « Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ». Cette disposition paraît bien reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination des fautes du gérant. Eu égard aux circonstances dans lesquelles celui ci a entrepris de gérer, les tribunaux ne peuvent tenir compte, dans la fixation des dommages-intérêts, que de la *culpa levis in concreto;* il semble même, vu les termes de l'art. 1373, qu'ils sont autorisés à ne relever que la faute grave. — *Sic* Laurent, XVI, n. 225.

(2) Colmet de Santerre, Demolombe et Laurent, *loc. cit.;* Huc, VII, n. 94, p. 142 ; Bufnoir, *Propriété et contrat,* p. 589.

(3) *Sic* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions,* II, 1re édit., n. 2061, 2e édit, n. 1459. — *Adde* Larombière, I, p. 428 (art. 1137, n. 7) ; Tambour, *Du bénéfice d'inventaire,* p. 359 ; Demolombe, XV, n. 236; Vigié, n. 258 ; Huc, V, n. 234, p. 275 *in fine,* 276. — Cpr. Laurent, X, n. 123. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 54 *bis*-I, p. 69 *in fine.*

de famille » : c'est la même formule que celle de l'art. 1137, donc la même pensée; par conséquent, il faut appliquer au tuteur les principes de la faute contractuelle. Et, comme on ne verrait aucun motif pour que la règle générale ne fût pas applicable à tous ceux qui sont tenus d'une obligation légale, il faut, au point de vue qui nous occupe, assimiler au tuteur le père administrateur légal des biens de ses enfants, le mari administrateur des biens de sa femme [1].

359. Le principe est donc que, sauf disposition contraire de la loi, tout débiteur est tenu de la diligence d'un bon père de famille. Tel est le droit commun. Nous devons dégager de cette idée deux importantes règles d'interprétation. D'abord, toutes les fois que, dans une matière étrangère à la responsabilité délictuelle, le législateur parle de faute, sans préciser, on doit admettre qu'il vise la *culpa levis in abstracto*. Cette observation présente notamment de l'intérêt au point de vue des art. 1245, 1850 et 1992.

De plus, les dispositions exceptionnelles qui modèrent la responsabilité dans certains cas déterminés ne sauraient être étendues même à des hypothèses présentant la plus grande analogie avec les cas prévus par elles. Ce n'est là que l'application d'un principe élémentaire. Mais il n'était pas inutile de la signaler, car des auteurs éminents [2] ont eu le tort d'étendre, par exemple, la disposition de l'art. 804 à l'associé qui gère sans mandat spécial les affaires de la société ou à l'héritier qui administre une succession indivise.

360. Il est certain que, dans une convention, les parties ont le droit d'augmenter ou de diminuer la responsabilité qui pèserait sur le débiteur d'après le droit commun. Elles peuvent, par conséquent, alors qu'il devrait, eu égard à la nature du contrat, la diligence d'un bon père de famille, stipuler qu'il sera seulement tenu de la *culpa levis in concreto*.

En sens inverse, s'il s'agit d'un contrat dans lequel, par exception, aux termes de la loi, le débiteur n'est responsable que de cette dernière espèce de faute, elles peuvent convenir

(1) Laurent, Huc, *loc. cit.*
(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 101, note 28, 5e édit., p. 164, note 28.

qu'il devra les soins d'un bon père de famille. Rien ne s'oppose même à ce qu'il soit soumis à la prestation de la faute très légère.

Mais les parties ne peuvent jamais convenir que le débiteur ne sera pas tenu de sa fraude ou, comme on le dit inexactement, de son dol. Il n'est pas admissible, en effet, qu'il puisse être ainsi exonéré d'avance de la responsabilité des actes qu'il lui arrivera de commettre avec intention de nuire (1). Ajoutons que, d'après l'opinion la plus générale, on doit assimiler ici la faute lourde à la fraude (2).

360 I. La faculté pour les contractants d'écarter leur responsabilité par des stipulations spéciales a été enlevée au voiturier par la loi du 17 mars 1905, ajoutant un alinéa à l'art. 103 du Code de commerce. Cet article, antérieurement à la loi dont nous parlons, disait simplement : « Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de force majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure ». L'alinéa qui vient d'y être ajouté porte : « Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque est nulle ». Le but de la nouvelle loi est de rendre impossible désormais l'insertion, dans les tarifs spéciaux des compagnies de chemins de fer, des clauses de non garantie en cas de pertes, avaries et déchets. L'historique de cette loi ne manque pas d'intérêt. Mais, à raison des développements qu'il comporte, il ne saurait trouver place dans cet ouvrage (3).

(1) Ce principe est admis, au moins implicitement, par toutes les législations modernes. Le Code civil allemand le consacre en ces termes : « Le débiteur ne peut être déchargé par avance de la garantie pour fait intentionnel ». Art. 276, al. 2 (traduc. Saleilles, p. 397).

(2) « Attendu qu'il n'est pas permis, au moyen d'un contrat d'assurance ou de tout autre pacte, de stipuler d'avance l'immunité de ses fautes lourdes ; que l'ordre public s'oppose à la validité d'un tel pacte ». Civ. cass., 15 mars 1876, S., 76. 1. 337 (note de Labbé en sens conforme), D. P., 76. 1. 449. — Civ. rej., 31 décembre 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 348, *Pand. franç.*, 1901. 1. 169. — *Contra* Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, n. 11.

(3) Sur ce point on consultera utilement Marcel Chaumel, *La responsabilité des compagnies de chemin de fer et les clauses de non garantie des tarifs spéciaux, régime de l'arrêté ministériel du 27 octobre 1900 et loi Rabier du 17 mars 1905* (thèse, Bordeaux, 1905).

361. Il semble rationnel de décider que, si les deux parties sont en faute, le débiteur échappe à toute responsabilité [1]. Toutefois, on ne doit point ériger cette proposition en principe absolu. La faute du créancier peut n'avoir été que la suite de celle du débiteur : dans ce cas, faudra-t-il adopter la même solution ? Il y a donc lieu, sur ce point, de reconnaître aux juges un pouvoir souverain d'appréciation.

362. Dans la théorie de la prestation des fautes, telle qu'elle est présentée par tous les interprètes du Code civil, la faute contractuelle est exclusivement celle qui est commise au sujet de l'exécution du contrat. C'est là une conception trop étroite. Il convient d'admettre que la faute relative à la formation du contrat constitue, elle aussi, une faute contractuelle. Nous arrivons à l'exposé d'une doctrine dont nous avons eu déjà l'occasion de dire quelques mots. Nous voulons parler de la théorie d'Ihering sur la *culpa in contrahendo* [2]. Cet exposé doit, à notre avis, trouver place dans un commentaire du Code civil. La théorie d'Ihering est, en effet, très rationnelle, parfaitement conciliable avec les principes généraux du droit français, et elle a le grand avantage de légitimer des solutions réclamées par l'équité et que la jurisprudence a quelquefois de la peine à motiver.

Voici en quoi elle consiste : Lorsque, en vue de conclure un contrat, deux personnes se mettent en rapport, le pollicitant s'engage à répondre, relativement à la *formation* de ce contrat, envers l'autre partie, de la faute dont il sera tenu en vertu du contrat même. L'acceptation tacite de cet engagement est suffisamment démontrée par la conclusion du contrat. Dé sorte que la convention comprend, outre le contrat proprement dit, un pacte qui rend le pollicitant responsable au point de vue que nous venons d'indiquer. Il est clair que, lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, l'engagement

(1) On peut même, en ce sens, argumenter de l'art. 1599. — *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 102, 5e édit., p. 165.

(2) V. *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), dans *Œuvres choisies*, traduites par O. de Meulenaere, II, p. 1-100. On trouvera une étude critique de cette théorie dans Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, etc..., n. 153-161 (1re édit., p. 158-172, 2e édit., p. 170-177).

dont nous parlons prend naissance à la charge de chacune des parties. On voit que la faute commise au sujet de la formation du contrat a lieu en violation de la convention; la responsabilité qu'elle engendre est donc contractuelle. Ceci, nous le savons, est très important au point de vue de la question de la preuve [1]. La faute relative à la formation du contrat doit s'apprécier comme celle qui concerne l'exécution de celui-ci, car, pour l'une comme pour l'autre, il est logique de se prononcer d'après la nature du contrat [2].

Nous devons préciser en quoi consiste la *culpa in contrahendo :* Toute personne qui propose de contracter doit s'être assurée que rien, soit en elle-même, soit dans l'objet de l'obligation qui lui incombera, ne s'oppose à l'existence ou à la validité du contrat dont il s'agit. Précisément parce qu'elle propose le contrat, elle garantit qu'elle a fait cette vérification, en d'autres termes qu'elle est en situation de conclure ce contrat sans qu'il puisse en résulter plus tard un dommage pour l'autre partie. Si donc le contrat vient à être annulé ou déclaré inexistant pour un motif qui lui est personnel ou qui est déduit de la nature de l'objet de son obligation, elle doit être responsable, car cela suppose qu'elle n'a pas fait la vérification dont nous venons de parler où qu'elle l'a mal faite. En pareil cas, elle doit, comme réparation à l'autre partie, l'équivalent de l'intérêt que celle-ci aurait eu à ne pas contracter [3]. Prenons un exemple : On vient vous proposer de vous acheter une chose; vous acceptez, et vous ne pouvez, en conséquence, profiter d'une autre proposition, très avantageuse, qui vous est faite plus tard relativement à l'acquisition de la même chose. Or, la vente que vous avez consentie est annulée. Vous êtes ainsi privé du bénéfice que vous aurait procuré l'acceptation de la seconde proposition. Ce bénéfice représente l'intérêt qu'il y aurait eu pour vous à ne pas conclure la vente aujourd'hui annulée.

Les applications de cette théorie sont nombreuses. Nous en avons rencontré une dans le cas où la convention est annulée

(1) Saleilles, n. 154 (1re édit., p. 160, 2e édit., p. 166).
(2) Ihering, *op. cit.*, p. 48.
(3) C'est ce que Ihering appelle le *Negative vertrags interesse.*

pour cause d'erreur sur la substance de la chose, une autre dans le cas où la convention est annulée pour cause d'erreur sur la personne, en supposant, dans les deux hypothèses, que le défendeur ne connût pas l'erreur [1].

Il faut d'ailleurs élargir la question et dire que l'idée de *culpa in contrahendo* justifie aussi la demande de dommages-intérêts formée au cas d'annulation d'un contrat pour cause de violence, si, du moins, la violence a eu pour auteur l'autre contractant [2].

Il peut aussi y avoir, nous l'avons vu, *culpa in contrahendo* dans le cas où un contrat de vente n'a pas pu se former à raison de l'inexistence de la chose qui devait en faire l'objet, notamment dans le cas où cette chose avait déjà péri au moment où les parties ont contracté. Le vendeur est alors responsable, s'il devait, à raison de circonstances, connaître l'obstacle qui s'opposait à la formation du contrat [3].

Il faut également voir une application de la même théorie dans la disposition finale de l'art. 1599, si, du moins, on estime que la première partie de cet article établit une véritable nullité. L'idée de *culpa in contrahendo* permet très bien d'expliquer pourquoi la vente, qui a été annulée comme ayant pour objet la chose d'autrui, peut néanmoins donner lieu à des dommages-intérêts, si l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. Cette solution est d'une justesse manifeste, si l'on admet que le vendeur s'est engagé à répondre des fautes commises par lui relativement à la formation du contrat, car il est en faute pour ne pas avoir constaté que la chose appartenait à autrui. On peut donc soutenir, et ceci est important, que l'idée sur laquelle repose la théorie d'Ihering n'est point étrangère au législateur français [4].

Nous pourrions citer plusieurs autres applications du même principe.

Telle est la théorie d'Ihering sur la *culpa in contrahendo*.

(1) V. *supra*, n. 60 *in fine* et 68. — Mais nous n'avons pas cru pouvoir appliquer cette théorie dans les hypothèses dont il est question aux n. 32 et 78 *in fine*.

(2) V. aussi *supra*, n. 116 *in fine*.

(3) Ihering, *op. cit.*, n. 25, p. 60-62. — V. *supra*, n. 246.

(4) Saleilles, n. 161 (1re édit., p. 170, 2e édit., p. 176).

Il est désirable, croyons-nous, qu'elle soit adoptée par la jurisprudence française. Elle ne se présente pas comme une conception arbitraire, particulière à telle ou à telle législation. Elle repose sur une observation manifestement exacte. Elle est fondée sur la réalité des choses. Celui qui propose le contrat s'engage par là même à prester un contrat valable en ce qui le concerne. L'exactitude de cette idée est pleinement démontrée par l'observation suivante : Supposons qu'en fait la personne à qui l'offre est adressée dise au pollicitant : « Vous me proposez de contracter; mais vous engagez-vous d'abord à faire tout ce qui sera en votre pouvoir pour que le contrat se forme et qu'il ne soit pas annulable? » Le pollicitant ne manquera certainement pas de répondre : « Oui, évidemment! Cela va de soi ! » Et, en effet, cela va de soi. Il n'est pas admissible que celui qui propose un contrat ne promette pas de faire un acte valable, et il n'est pas davantage admissible que l'acceptant ne soit pas déterminé par cette idée que le pollicitant a pris cet engagement. Il y a donc sur ce point convention tacite. L'existence de ce pacte résulte de la nature même des choses. Or, que les conventions soient tacites ou expresses, notre législation leur reconnaît la même force. On ne voit donc pas pourquoi les juges ne prendraient pas en considération celle dont nous parlons.

En un mot, non seulement la théorie de la *culpa in contrahendo* est conforme à l'équité, mais elle s'harmonise parfaitement avec les principes généraux de notre droit, et, par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit appliquée par nos tribunaux.

§ II. *De l'obligation de livrer la chose.*

363. L'accomplissement de cette tradition constitue ce que l'on appelle la *délivrance* ou *tradition :* « La délivrance, dit l'art. 1604, est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ».

Il convient de généraliser cette définition en l'étendant aux autres conventions qui font naître une obligation de livrer.

I. *Du transport de la propriété.*

A. *Entre les parties contractantes.*

364. La délivrance ou tradition est-elle nécessaire pour opérer le transport de la propriété entre les parties contractantes? Elle l'était en droit romain (1). Toutefois, dans des cas assez nombreux, la tradition était si facilement réputée accomplie que, pour ainsi dire, elle était supprimée (2). On retrouve dans notre ancien droit la même règle (3); mais elle n'y a guère qu'une existence théorique; en fait, on insère toujours dans le contrat une clause grâce à laquelle la tradition n'est pas nécessaire pour la translation de la propriété. Aussi Grotius (4) et Puffendorf (5) formulèrent-ils le principe, aujourd'hui consacré par le Code civil, que la propriété est transférée par l'effet de la convention. Pourquoi, disaient ces auteurs, exiger le fait tout matériel de la tradition pour opérer la translation de la propriété qui est un droit, une chose immatérielle par conséquent? Rationnellement, le seul consentement des parties doit suffire à produire ce résultat. Notre législateur n'a donc pas innové, du moins quant au fond, lorsqu'il a écrit la disposition de l'art. 1138, ainsi conçue : « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul con-* » *sentement des parties contractantes. — Elle rend le créan-* » *cier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant* » *où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point* » *été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la* » *livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ».

Cette disposition est annoncée par l'art. 711 en ces termes : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet..... par l'effet des obligations ».

(1) *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur.* L. 20, C., *De pactis,* II, 3.

(2) L. 79, D., *De solutionibus,* XLIII, 6; L. 1, § 21, et L. 18, § 2, D., *De acquir. vel amitt. poss*, XLI, 2.

(3) Pothier, *Vente,* n. 319.

(4) *De jure belli ac pacis,* lib. II, cap. 8, 25.

(5) *Droit de la nature et des gens,* liv. IV, ch. IX, § 8. — V. aussi Domat, *Lois civiles,* 1re part., liv. I, tit. II, sect. II, n. 8 (édit. Rémy, I, p. 158).

Ainsi, dans notre législation, l'obligation de transférer la propriété est réputée immédiatement exécutée. La tradition qui vient ensuite n'a pas pour effet de rendre l'acquéreur propriétaire, mais simplement de le mettre en situation de se servir de la chose.

365. Toutefois le transport de la propriété n'est qu'un effet *médiat* de la convention, en ce sens qu'il est seulement le résultat de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété que cette convention a engendrée. Ainsi la vente, qui est une convention de donner, fait naître une obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur, et c'est l'exécution de cette obligation qui rend l'acheteur propriétaire. Il en est ainsi, non seulement lorsque la convention a pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce, mais aussi lorsqu'elle a pour objet un corps certain, Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, la loi répute l'obligation de transférer la propriété, que la convention engendre, immédiatement exécutée (art. **1138**), et c'est en envisageant ce résultat final, sans tenir compte de la filière par laquelle la loi nous fait passer pour y arriver, qu'on a pu dire que la propriété est transférée par la convention elle-même. Mais on est allé trop loin, à notre avis, en disant que, dans notre droit actuel, l'obligation de transférer la propriété ne prend même pas naissance dans les conventions de donner relatives à un corps certain; c'est rayer du Code civil de nombreux textes qui parlent de cette obligation. La vérité est qu'elle naît, mais qu'elle meurt aussitôt, parce qu'elle est réputée accomplie, exécutée, payée au moment même de sa naissance.

366. Sur l'existence du principe, que le seul consentement suffit, au moins entre les parties, pour opérer le transport de la propriété, il n'existe aucun doute. Mais le texte de l'art. **1138** n'est pas toujours clair. Parmi les diverses explications qui ont été proposées pour mettre ses termes d'accord avec la pensée que le législateur a voulu exprimer, voici celle qui nous paraît préférable :

Notre ancien droit, nous l'avons dit, avait admis le principe romain que la tradition est nécessaire pour opérer le transport de la propriété; mais, du moins en ce qui concernait les

immeubles, on y considérait en général une simple tradition *de droit* comme suffisante pour produire ce résultat. La tradition *de droit,* à laquelle on donnait aussi le nom de tradition *feinte,* résultait d'une clause particulière du contrat, appelée clause de *dessaisine-saisine* ou de *vest et dévest;* elle était ordinairement ainsi conçue (c'est l'aliénateur que l'on met en scène) : « s'en est *dessaisi* et *dévestu* et en a *saisi* et *vestu* ledit... » En vertu de cette simple déclaration, l'acquéreur était considéré comme ayant reçu une tradition intellectuelle suffisante pour lui transmettre la propriété : « Dessaisine et saisine faite en présence de notaire et de témoins, disait Loysel, vaut et équipolle à la tradition et remise de possession » (1). Cette clause était devenue de style dans les actes constatant des conventions de transférer la propriété, de sorte que, dans la réalité des faits, c'était le consentement des parties qui opérait ce transport, indépendamment de la tradition (2). De là à sous-entendre la clause de *dessaisine-saisine* dans tous les contrats ayant pour but la translation de la propriété, il n'y avait qu'un pas, et l'art. 1138 l'a fait. Ainsi, en définitive, le changement opéré par le législateur de 1804 consiste simplement en ce qu'il a rendu inutile l'insertion de la clause dont nous venons de parler.

Quels sont les termes de sa disposition? L'art. 1138 dit d'abord : « L'obligation de livrer la chose est *parfaite* par le seul consentement des parties contractantes ». — *Parfaite,* c'est-à-dire *consommée, accomplie,* en droit tout au moins, et sauf à être exécutée plus tard en fait par la tradition réelle.

(1) *Instit. cout.*, liv. V, tit. IV, reg. 7.— Toutefois ce principe n'avait pas triomphé sans rencontrer une vive résistance, notamment de la part de Dumoulin. *Sur cout. de Paris,* I, § 20, glose 5, n. 16.

(2) Argou l'expose en termes très nets : « L'acquéreur, en matière de meubles, dit-il, n'a qu'une action personnelle contre le vendeur pour l'obliger à lui livrer la chose vendue, le simple contrat ne donnant pas la propriété à l'acquéreur, s'il n'est suivi d'une tradition réelle... Il en était de même pour le droit romain en matière d'immeubles; mais, comme parmi nous on met TOUJOURS une clause, dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépouille et se démet de la propriété et de la possession de la chose vendue pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle *tradition feinte*; dès le moment que le contrat est parfait et accompli, tous les droits qui appartiennent au vendeur passent en la personne de l'acquéreur; de sorte que, si le vendeur était propriétaire, l'acquéreur devient aussi propriétaire ». *Institutions au droit français,* 11e édit., II, p. 197 *in fine* et p. 198.

En un mot, la loi, interprétant la volonté des parties, suppose que l'aliénateur a effectué au profit de l'acquéreur une tradition *de droit,* équivalente, au point de vue du transport de la propriété, à une tradition réelle.

L'article ajoute : « *Elle* rend le créancier propriétaire et » met la chose à ses risques *dès l'instant où elle a dû être* » *livrée* ». — *Elle :* l'obligation de livrer, considérée comme exécutée, ainsi que nous venons de le dire, ou, si on le veut, la tradition de droit, en vertu de laquelle l'obligation de livrer est réputée accomplie. — *Dès l'instant où elle a dû être livrée :* au premier abord, ces mots paraissent signifier que, si un terme a été fixé pour la délivrance, l'acquéreur ne deviendra propriétaire qu'à l'échéance de ce terme, puisque c'est seulement à cette époque que la chose devra être livrée. Mais cette proposition se trouverait en opposition avec le principe formulé par l'art. 1185, duquel il résulte que le terme n'affecte pas l'*existence* même du droit, mais seulement son *exécution.* D'un autre côté, si c'était là l'idée qu'a voulu exprimer la loi, on ne s'expliquerait guère l'emploi des mots « *dès l'instant* où elle a dû être livrée », qui semblent indiquer une anticipation sur l'époque où devrait s'effectuer normalement le transport de la propriété. Aussi doit-on considérer que la loi fait ici allusion à la tradition *de droit,* et non à la tradition de fait : *dès l'instant où elle a dû être livrée,* c'est-à-dire *dès l'instant où a dû se faire la tradition de droit,* ou autrement dit *dès l'instant même du contrat.* On peut dire encore que ces mots signifient *dès l'instant où la tradition a été due,* c'est-à-dire toujours à partir de la convention.

Que telle ait été la pensée des rédacteurs du Code civil, ce n'est guère douteux. Voici comment Bigot-Préameneu s'exprime, dans l'exposé des motifs du titre *Des obligations :* « C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose ; il n'est donc pas besoin de tradition *réelle* pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé » (1). A son tour, Portalis dit, dans les

(1) Fenet, XIII, p. 230 ; Locré, XII, p. 327, n. 33.

motifs du titre *De la vente :* « Il s'opère par le contrat une sorte de *tradition civile,* qui consomme le transport du droit et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose... » (1). Au surplus, on trouve un langage tout à fait analogue dans l'art. 938 : « La donation dûment acceptée sera » parfaite par le seul consentement des parties; et la pro- » priété des objets donnés sera transférée au donataire, *sans* » *qu'il soit besoin d'autre tradition* ». Ces derniers mots signifient : sans qu'il soit besoin d'autre tradition *que celle qui résulte du consentement des parties* (2).

D'ailleurs, la disposition de l'art. 1583 suffirait pour révéler le véritable sens de celle de l'art. 1138, dont elle n'est qu'une application : « Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, *dès qu'on est convenu de la chose et du prix,* quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (3).

Toutefois, on ne peut contester que la rédaction de la disposition de l'art. 1138 est défectueuse. Aussi le Code civil italien, s'il a reproduit le système français, a, du moins, modifié la formule de notre loi : « Dans les contrats, dit-il, qui ont pour objet la translation de la propriété ou d'un autre droit, la propriété ou le droit se transmet par l'effet du consentement légitimement manifesté, et la chose reste aux périls et risques de l'acquéreur, quoique la tradition n'en ait pas encore été faite ». Art. 1125 (4). La disposition de l'art. 715 du Code civil portugais est certainement aussi beaucoup mieux rédigée que celle de notre art. 1138. En voici les termes : « En cas d'aliénation de choses certaines et déterminées, la translation de la propriété s'opère entre les parties

(1) Fenet, XIV, p. 113; Locré, XIV, p. 145 *in fine,* n. 6.

(2) « Dessaisine et saisine, faite présent notaire de cour laye, valent et équipollent à tradition de fait et possession prise de la chose, sans qu'il soit requis autre appréhension ». Cout. d'Orléans, art. 278.

(3) *Sic* Marcadé, IV, n. 484; Mourlon, II, n. 1124; Colmet de Santerre, V, n. 55 *bis*-IV; Demolombe, XXIV, n. 417; Laurent, XVI, n. 358; Vigié, II, n. 1281, p. 577. — Cpr. Larombière, I, p. 465 (art. 1138, n. 26). — *Contra* Planiol, I, 1re édit., n. 1365-1366, 2e édit., n. 1307-1308, 3e édit., n. 2596.

(4) Traduct. Orsier, p. 243.

par la seule vertu du contrat, encore qu'il n'y ait mise en possession, ni tradition réelle ou symbolique, sauf convention contraire ». Art. 715 [1].

367. En faveur du système admis par le législateur français quant à la translation de la propriété entre les parties, on peut faire le raisonnement suivant :

Au point de vue philosophique, c'est la volonté seule qui déplace la propriété. Le fait matériel qui s'ajoute à elle, la tradition, ne peut avoir d'autre effet que de mettre l'acquéreur en situation de se servir de la chose. Il ne convient donc pas d'exiger ce fait matériel pour le transfert même de la propriété. Le législateur doit seulement organiser la publicité des actes translatifs ou constitutifs de droits réels, afin que les tiers ne soient pas victimes de la fraude.

Cependant la majorité des codes civils étrangers dont la rédaction est postérieure à 1804, même la majorité de ceux qui ont été élaborés le plus récemment, ont reproduit la règle romaine. Sur ce point, par exemple, le Code civil néerlandais s'exprime ainsi : « La propriété des biens s'acquiert... par tradition, en suite d'un titre translatif de propriété, émané de celui qui peut disposer de l'objet ». Art 639. Le Code civil de la République Argentine, qui, on le sait, a une réelle valeur scientifique, pose le même principe : son art. 577, qui figure sous cette rubrique « Des obligations de donner des choses certaines », est ainsi conçu : « Avant la tradition de la chose, le créancier n'acquiert sur elle aucun droit réel ». Le Code civil espagnol dispose, dans son art. 609, que la propriété s'acquiert « en conséquence de certains contrats au moyen de la tradition », et, dans son art. 1095, que le créancier « n'acquiert pas de droit réel sur elle (la chose), tant qu'elle ne lui a pas été livrée ». Le *Code fédéral des obligations* dit également : « Pour que la propriété mobilière soit transférée en suite d'une convention, il faut que l'acquéreur ait été mis en possession ». Art. 199. Et, s'il ne parle pas de la transmission de la propriété immobilière, c'est parce que cette matière est du domaine de la législation cantonale. Art. 10 et

[1] Traduct. Laneyrie et Dubois, p. 230.

231. Le *Code général des biens pour la principauté de Monténégro* entre dans une véritable analyse pour établir la distinction entre le fait juridique générateur d'obligations et le fait juridique translatif de propriété : « Si tu acquiers par contrat un droit à la propriété d'une chose, tu n'en es pas encore pour cela devenu propriétaire. Tu peux, il est vrai, comme tout créancier, exiger de celui qui a contracté avec toi qu'il remplisse son obligation, c'est-à-dire qu'il te transfère la propriété, mais, tant que cette translation n'a pas effectivement eu lieu, tu n'es pas encore entré dans le rapport étroit qui unit le propriétaire à la chose; en un mot, tu n'es pas encore propriétaire. Tu ne le deviendras qu'après l'accomplissement effectif des formalités légales, c'est-à-dire, pour les immeubles, par l'homologation judiciaire, et, pour les meubles, par la tradition ». Art. 836 (1).

On trouve des dispositions analogues dans plusieurs autres codes (2). Nous nous bornerons à citer encore le Code civil de l'empire d'Allemagne. Ce code distingue les actes créateurs d'obligations et le contrat abstrait d'aliénation ou *contrat réel,* qui nécessite, quant à la translation de la propriété immobilière, l'intervention d'un officier judiciaire et l'inscription de l'acte au registre foncier. Art. 925. Cette « investiture » est requise pour que la propriété des immeubles soit transférée même entre les parties. Cette disposition ne fait que reproduire le système de la loi prussienne du 5 mai 1872, art. 1er. Quant à la propriété mobilière, sa translation ne s'opère soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, dans le système du code allemand, que par une convention spéciale suivie de la tradition. Art. 929. D'ailleurs le *contrat réel,*

(1) Trad. R. Dareste et A. Rivière. — V. aussi les art. 834, 835, 837, 839. — Mais, en général, les codes indiqués ci-dessus accordent, en ce qui concerne la tradition, les facilités qui étaient déjà admises dans notre ancien droit et en ont même ajouté d'autres. — V. C. fédér. des oblig., art. 200-203. — C. civ. esp., art. 1462-1464. — C. du Montén., art. 840. — C'est ainsi que le Code civil espagnol décide, dans son art. 1462, al. 2, que « lorsque la vente se fait par acte public, la confection de l'acte équivaudra à la délivrance de la chose objet de la vente, si le contraire ne résulte pas ou ne se déduit pas clairement de l'acte lui-même ». Cette disposition a pour conséquence de supprimer à peu près la nécessité de la tradition.

(2) V. notamment C. civ. chil., art. 670, 675, 679.

comme la tradition du droit romain [1], est envisagé abstraction faite du titre en vertu duquel s'opère l'aliénation, de telle sorte que celle-ci est maintenue alors même que ce titre est inexistant ou annulable, sauf, pour la partie qui aura obtenu l'annulation ou la déclaration d'inexistence, le droit d'exercer une action personnelle en restitution [2].

L'attachement de la plupart des législateurs modernes au principe romain s'explique par la conception classique du droit de propriété combinée avec la nécessité de protéger les tiers. Le droit de propriété nous apparaît comme essentiellement absolu. Quand il existe, c'est nécessairement à l'égard de tous. A mon droit de propriété correspond le devoir pour tous les autres hommes de le respecter. Il ne peut être question ici de distinguer suivant qu'on oppose ce droit à telle ou à telle catégorie de personnes. Or, d'autre part, comme il faut protéger les tiers, un législateur ne doit pa admettre que la propriété s'acquiert à leur égard par le simple effet du consentement. Mais, tant que la propriété n'est pas déplacée relativement à eux, elle ne peut l'être à l'égard de personne, pas même à l'égard de l'aliénateur. En effet, la transmission du droit de propriété ne saurait s'opérer d'une façon relative, puisqu'il faudrait pour cela (ce qui est impossible) qu'en entrant dans le patrimoine de l'acquéreur, ce droit cessât d'être absolu. C'est ainsi, par exemple, qu'ont raisonné les rédacteurs du Code civil allemand [3].

B. *De la translation de la propriété à l'égard des tiers.*

N° 1. Historique.

368. La question de la translation de la propriété à l'égard des tiers présente un immense intérêt; il n'est donc pas inutile de retracer ses diverses vicissitudes. Nous allons recher-

(1) Accarias, *op. cit.*, I, n. 226, p. 573; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 287, texte et note 3, 3e édit., p. 292, texte et note 3.

(2) Saleilles, *op. cit.*, n. 3-5, 1re édit., p. 3-5, 2e édit., p. 2-5; Jules Challamel, *Etude sur la partie du projet de C. civ. allemand relative aux droits réels, Bulletin de la soc. de législ. comp.*, XVIII (1888-1889), p. 405-409, n. 4-9, et p. 426-427, n. 33.

(3) Challamel, *op. cit.*, n. 8 *in fine*, p. 408.

cher successivement comment elle avait été résolue : 1° en droit romain; 2° dans notre ancien droit français; 3° dans notre droit intermédiaire; 4° par le Code civil.

369. En droit romain, le simple consentement des parties ne suffisait pas pour opérer la translation de la propriété. L'acquéreur ne devenait propriétaire à l'égard des tiers et même à l'égard de l'aliénateur que par la tradition; jusque-là il n'avait qu'un droit de créance, et non un droit réel.

De là résultaient entre autres deux conséquences :

1° Jusqu'à la tradition, les créanciers de l'aliénateur pouvaient saisir le bien aliéné pour obtenir leur paiement;

2° Entre deux acquéreurs successifs du même bien, on préférait celui qui le premier avait obtenu la tradition, son titre fût-il postérieur en date (1).

370. Théoriquement, ces principes furent acceptés par notre ancienne jurisprudence, non seulement dans les pays de droit écrit, mais aussi dans la plupart des pays de coutume (2). Nous savons toutefois qu'ils furent, du moins en ce qui concerne les immeubles, à peu près réduits à une existence purement nominale par l'introduction de la clause de *dessaisine-saisine*, qui, d'après la jurisprudence, opérait une tradition fictive équivalente à la tradition réelle et entraînait, par conséquent, le transport de la propriété tant à l'égard des tiers qu'entre les parties (3).

Mais, dans les coutumes de quelques provinces du nord, il fallait, pour que l'aliénateur d'un immeuble fût dessaisi de la propriété soit à l'égard des tiers, soit même dans ses rapports avec l'acquéreur, que ce dernier en eût été investi par le seigneur ou par ses officiers de justice (4). L'investiture

(1) *Instit.* de Justinien, liv. II, tit. I, § 41; L. 20, C., *De pactis*, II, 3.

(2) Pothier, *Vente*, n. 319-322.

(3) V. notamment Cout. d'Orléans, art. 278; Cout. de Verdun, X, art. 4; Cout. de Metz, VII, art. 3. — Cependant les auteurs discutaient sur le point de savoir si la tradition feinte opérait le transfert de la propriété au regard des tiers. Pothier se prononçait pour l'affirmative, mais en exigeant que la preuve de la tradition résultât d'un acte authentique ou au moins d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine. *Vente*, n. 322.

(4) Jean des Mares, *Décisions*, n. 189; Argou, *Institution au droit français*, 11e édit., p. 199 *in fine*.

était constatée par une inscription sur un registre public. Ces coutumes étaient dites coutumes de *nantissement* ou de *vest* et de *dévest* (1).

La loi du 19 septembre 1790 remplaça cette formalité par la transcription des grosses des contrats aux greffes des tribunaux de districts; mais cette loi ne disposait que pour les provinces où l'investiture était exigée (2).

371. Arrivons à la période de la législation intermédiaire : La loi du 11 brumaire de l'an VII est venue étendre à toute la France le système qui était en vigueur dans les *pays de nantissement*. Toutefois, il continuait à être spécial aux aliénations d'immeubles. D'ailleurs, entre l'aliénateur et l'acquéreur, la translation de la propriété demeurait régie par les anciens principes : elle s'opérait donc, comme précédemment, par le seul effet de la clause de *dessaisine-saisine*. Mais, pour devenir propriétaire à l'égard des tiers, l'acquéreur devait faire transcrire son titre, du moins quand l'aliénation avait pour objet un immeuble *susceptible d'hypothèque*. On lit, en effet, dans l'art. 26 de ladite loi : « Les actes translatifs de » biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être » transcrits sur les registres du bureau de la conservation des » hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont » situés. — *Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers,* » *qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient* » *conformés aux dispositions de la présente* ».

De là il résultait notamment qu'entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, on préférait celui qui le premier avait fait transcrire son titre, la préférence étant donnée, non pas à celui des acquéreurs dont le titre était le plus ancien, mais bien à celui qui le premier avait rempli la formalité de la transcription; c'était donc la date des transcriptions et non

(1) V. Cout. de Cambrésis, tit. V, art. 1 de la cout.; Cout. de Liège, ch. VI, art. 1 de la cout.; Cout. de Lille, tit. X, art. 3; Cout. de Boulonnais, art. 111; Cout. de Péronne, art. 264; Cout. d'Amiens, art. 137; Cout. du Vermandois, art. 126; Cout. de Chauny, art. 2; Cout. de Reims, art. 162; Cout. de Hainaut, ch. XCIV, art. 1 des Chartes, etc.

(2) V. Viollet, *Hist. du dr. civ. franç.* (2e éd. du *Précis de l'hist. du dr. franç.*), p. 608 612; Beaune, *Dr. coutumier franç.*, *Les contrats*, p. 152-159; Troplong, *Transcr. hyp.*, n. 3-19, p. 12-40.

celle des titres qui réglait la préférence entre les divers acquéreurs.

Remarquons que les mots « biens et droits *susceptibles d'hypothèques* » de l'art. 26 précité excluent tous les meubles et certains immeubles, tels que les servitudes. Pour tous les biens non susceptibles d'hypothèques, le droit antérieur est maintenu.

372. Tel était l'état de la question, lorsque le Code civil fut élaboré : la clause de dessaisine-saisine, qui était devenue de style dans les actes constatant une mutation de propriété, avait réduit à une existence presque nominale le principe que la tradition était nécessaire pour opérer le transport de la propriété. C'était donc, en réalité, le seul consentement des parties qui transférait celle-ci, et il la transférait *même à l'égard des tiers,* sauf cependant l'exception relative aux immeubles susceptibles d'hypothèques, dont l'acquéreur ne devenait propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription.

La commission du gouvernement avait posé en principe, dans le projet du Code civil, que la propriété, soit mobilière, soit immobilière, serait transférée par le simple effet des conventions. C'est ce qu'elle disait dans l'art. 1er *Des dispositions générales* du livre III et dans l'art. 37 du titre II du même livre [1], c'est-à-dire dans les deux textes qui sont devenus, sans aucun changement de rédaction, les art. 711 et 1138. Le Conseil d'Etat et le Tribunat ne firent aucune difficulté pour accepter ces deux articles. Mais la commission avait fait l'application spéciale du nouveau principe à la propriété immobilière dans les termes suivants : « Dès l'instant que le propriétaire a contracté, par un acte authentique, l'obligation de donner ou livrer un immeuble, il en est exproprié ; l'immeuble ne peut plus être saisi sur lui par ses créanciers ; l'*aliénation qu'il en fait postérieurement est nulle,* et la tradition qu'il en aurait pu faire à un second acquéreur ne donne aucune préférence à celui-ci, *lequel est obligé de restituer l'immeuble à celui dont le titre est antérieur,* sauf le recours du second

[1] Fenet, II, p. 123-124 et p. 164.

acquéreur contre le vendeur, ainsi qu'il est dit au titre *du Contrat de vente* ». Liv. III, tit. II, art. 38 (1). Cet article fut très vivement attaqué par les partisans de la loi du 11 brumaire an VII, qui lui reprochaient de préjuger la question de savoir si l'on devait abandonner le système de la transcription. Aussi la section de législation, pour réserver cette question, remplaça cet article par la disposition que l'on trouve dans l'art. 1140 et qui n'est autre chose qu'un renvoi au titre *de la Vente* et à celui *des Privilèges et Hypothèques*.

Mais, au titre *de la Vente*, on évita encore de trancher la difficulté, et l'art. 2 de ce titre, qui était ainsi conçu : « Elle [la vente] est accomplie dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé » (2), fut remplacé par la disposition suivante, qui est devenue l'art. 1583 : « La vente est parfaite *entre les parties*, et la propriété est acquise de droit *à l'acheteur à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix ».

On arriva enfin au titre *des Privilèges et hypothèques*. Le moment était venu de s'expliquer. La section de législation proposa un article qui reproduisait à peu de chose près la disposition de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, et dont voici les termes : « Art. 91. Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits, ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente » (3). Cet article maintenait donc la règle que la transcription est nécessaire pour rendre l'acquéreur propriétaire à l'égard des tiers. Après une discussion assez confuse, où le conseil d'Etat paraît avoir adopté l'art. 91 en principe, ce texte fut renvoyé à la section de législation, en vue de lui faire subir certaines modifications de détail (4). Ici s'arrête l'histoire de l'art. 91. Il n'a pas reparu dans la rédaction définitive de la loi. Nous devons en conclure qu'il a été supprimé à la suite d'une délibération dont les procès-verbaux publiés ne nous ont pas conservé la trace.

(1) Fenet, II, p. 164-165.
(2) Fenet, II, p. 334.
(3) Locré, XVI, p. 236 ; Fenet, XV, p. 316.
(4) Locré, XVI, p. 283 ; Fenet, XV, p. 386.

Cette suppression était un fait significatif. La jurisprudence l'interpréta dans le sens d'un abandon du principe consacré par le texte supprimé ; en conséquence les tribunaux jugèrent invariablement que l'acquéreur à titre onéreux d'un immeuble en devenait propriétaire, même à l'égard des tiers, par le seul effet de la convention (1). A notre avis, cette solution était fondée, d'autant plus qu'on pouvait invoquer en sa faveur, outre l'argument tiré de la suppression de l'art. 91, la loi du 30 ventôse an XII, qui abrogeait toutes les lois antérieures sur les matières faisant l'objet du Code civil, et, qui, par conséquent, abrogeait la loi du 11 brumaire an VII, sur le *régime hypothécaire,* puisque le Code civil consacre un titre complet aux *privilèges et hypothèques* (2).

On a objecté qu'il y a précisément dans ce titre un certain nombre d'articles qui ne peuvent être vivifiés que par le principe de la transcription et qu'on se trouve réduit à considérer comme lettre morte si on supprime ce principe, notamment les art. 2108, 2189, 2198, 2199, 2200 (3). Sans doute, mais voilà qui ne saurait détruire les arguments que nous venons d'indiquer, et ce n'est pas d'ailleurs le seul cas dans lequel le législateur n'a pas songé à faire disparaître quelques traces d'un système qu'il répudiait cependant (4).

Au surplus, si la question avait pu paraître douteuse sous l'empire du Code civil, le doute serait devenu impossible depuis la promulgation de l'art. 834 du C. pr. civ.

Le système du Code civil engendrait, entres autres, les trois conséquences suivantes :

(1) Poitiers, 18 janv. 1810, S., 10. 2. 374. — Trèves, 9 février 1810, S. chr., III. 2. 188, col. 2 *in fine.* — Civ. rej , 8 mai 1810, S. chr., III. 1. 181 *in fine.* — Civ. rej., 16 oct. 1810, S. chr., III. 1. 244 (V. en note l'historique de la question). — Bruxelles, 6 août 1811, S. chr., III. 2. 540, col. 3. — Civ. cass., 19 août 1818, S., 19. 1. 24.

(2) Comte, *Dissertation,* S., 12. 2. 217; Jourdan, *Thémis,* V, n. 481 s. ; Delvincourt, II, p. 405; Toullier, VI, n. 476; Hureaux, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1846, III, p. 678, 765, 841, 897, et 1847, IV, p. 89; Pont, *Priv. et hyp.*, I, n. 257-258.

(3) On peut puiser d'autres arguments dans les travaux préparatoires. V. Locré, XVI, p. 283-289, p. 306 et 319, n. 15 et 75; Fenet, XV, p. 386-391, 407 et 415.

(4) Marcadé, IV, n. 488; Troplong, *Vente,* I, n. 46, *Priv. et hyp.*, IV, n. 891 s.; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 281, texte et note 8, 5e édit., p. 423-424, texte et note 8; Colmet de Santerre, V, n. 56 *bis*-II; Demolombe, XXIV, n. 443-444.

1° L'hypothèque, consentie par le vendeur d'un immeuble postérieurement à la vente, n'était pas opposable à l'acheteur;

2° Celle consentie auparavant ne pouvait être opposée à l'acheteur qu'à la condition d'avoir été inscrite antérieurement à la vente. Le propriétaire d'un immeuble pouvait donc, après avoir conféré sur lui une hypothèque, rendre celle-ci inefficace en vendant l'immeuble avant que le créancier eût pu prendre son inscription. C'est à ce danger, nous le verrons, que l'art. 834 C. pr. civ. eut pour but de remédier;

3° Entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, la préférence appartenait à celui dont le titre était antérieur en date. Le propriétaire d'un immeuble avait donc ainsi toute facilité pour tromper successivement plusieurs acquéreurs, qui traitaient avec lui dans l'ignorance d'une aliénation antérieure, dont rien ne pouvait leur faire soupçonner l'existence et qui cependant leur était opposable. Rien ne lui était plus facile, surtout quand il avait vendu une première fois son immeuble avec réserve d'usufruit ou en stipulant le droit d'en conserver la jouissance pendant un certain temps. Les tiers, qui le voyaient continuer à demeurer en possession, devaient tout naturellement le croire propriétaire, et tous ceux qui traitaient avec lui dans cette croyance étaient sacrifiés : il suffisait au premier acquéreur de produire son titre, en supposant toutefois que ce titre eût date certaine, pour ruiner leurs espérances.

Défaut absolu de sécurité dans les transactions relatives aux immeubles, voilà quel était le trait caractéristique du système admis par le Code civil. Celui qui achetait un immeuble était exposé à se voir évincé par un acquéreur dont le titre était demeuré secret. Un danger de même nature planait sur la tête de celui qui prêtait son argent sur hypothèque : la découverte d'une aliénation antérieure, inconnue de lui au moment de la constitution d'hypothèque et qui réduisait son titre à néant, venait quelquefois lui apprendre qu'il avait été victime de la mauvaise foi du propriétaire de l'immeuble grevé. Gardons-nous cependant de trop assombrir ce tableau. En théorie, la fraude pouvait se réaliser sur une très large échelle ; en pratique, elle était rare. Cependant il y en avait des exem-

ples. Ne s'en fût il jamais présenté, c'était déjà trop qu'elle fût possible ; la loi doit, en cette matière, donner, autant qu'elle le peut, aux particuliers une sécurité absolue.

Ces considérations expliquent et légitiment les réclamations très vives auxquelles donna lieu le système du Code civil. Au point de vue rationnel d'ailleurs, comment justifier la différence qu'il avait établie entre les aliénations à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux ? Comment comprendre que les premières fussent réputées connues des tiers par la transcription seulement (art. 939 s., 1069 s.), et les secondes indépendamment de cette formalité ? Il y avait là évidemment un défaut d'harmonie.

Le législateur s'émut surtout d'abord de la situation des créanciers hypothécaires, qui, faute d'avoir pris inscription avant l'aliénation de l'immeuble grevé, ne pouvaient plus faire inscrire utilement leur hypothèque, et il leur permit, dans l'art. 834 du C. pr. civ., de prendre inscription dans la quinzaine de la transcription de l'acte translatif de propriété. Mais cette réforme était bien incomplète. Un vendeur de mauvaise foi pouvait toujours, sans que le tiers avec lequel il traitait trouvât dans la loi un moyen de déjouer cette fraude, aliéner de nouveau ou hypothéquer l'immeuble qu'il avait vendu. Ce danger a subsisté longtemps. La loi du 23 mars 1855, qui porte le titre peu satisfaisant de *Loi sur la transcription en matière hypothécaire,* est venue enfin le faire cesser en soumettant à la transcription les aliénations à titre onéreux d'immeubles. Elle va même plus loin que la loi de l'an VII ; car elle soumet à la formalité de la transcription, non seulement, comme cette dernière loi, « les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques », mais en outre les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, et les baux de plus de dix-huit ans (art. 1 et 2).

Après un assez long interrègne, le principe de la loi de brumaire a donc repris son empire.

N° 2. Droit actuel.

373. Pour résoudre, au point de vue du droit actuel, la question du transfert de la propriété à l'égard des tiers, nous

distinguerons s'il s'agit d'immeubles, d'objets mobiliers corporels ou de créances.

a. *Immeubles.*

1° Des actes et jugements soumis à la transcription par la loi du 23 mars 1855.

374. Les art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855 sont ainsi conçus :

Art. 1er : « *Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens : 1° Tout acte entre vifs translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques ; 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ; 3° Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée ; 4° Tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant* ».

Art. 2 : « *Sont également transcrits : 1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ; 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ; 3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale ; 4° Les baux d'une durée de plus de dix-huit années ; 5° Tout acte ou jugement constatant, même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus* ».

En résumé, ces deux articles visent divers actes et jugements relatifs au droit immobilier de propriété ou de servitude et même à certains droits personnels se rapportant à des immeubles et susceptibles d'en diminuer la valeur.

Le principe est que les actes et jugements dont nous parlons ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été transcrits [1]. D'ailleurs, comme la transcription, simple moyen de publicité, ne saurait effacer les vices dont ils seraient entachés, ces actes et jugements, après avoir été soumis à cette formalité, peuvent être annulés pour les mêmes motifs que s'ils n'avaient pas été transcrits.

375. Bien que le 1° de l'art. 1er parle d'une façon générale

[1] D'après la loi du 23 mars 1855, la transcription est, *sans équivalent possible*, à l'égard des tiers, la *seule* preuve légale des aliénations et constitutions de droits réels par elle énumérés. Grenoble, 1er juillet 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 506.

de *tout acte entre vifs* translatif de propriété immobilière, il n'est pas douteux que la loi du 23 mars 1855 ne s'applique pas aux donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques. Cette loi a, en effet, laissé subsister les dispositions du Code civil relatives à la transcription de ces donations. Art. 939 s. C'est ce qui est formellement déclaré dans le dernier alinéa de son art. 11.

Cependant, relativement aux donations, la loi de 1855 renferme, d'après l'opinion générale, une innovation notable. Elle assujettit, en effet, à la transcription les actes à titre gratuit constitutifs de servitude, d'usage ou d'habitation. Cela résulte de ce qu'elle prescrit cette formalité pour *tout acte* constitutif d'un de ces droits, tandis que, d'après le Code civil, les donations ne doivent être transcrites que si elles ont pour objet des biens *susceptibles d'hypothèque*. Art. 939 (1).

376. D'autre part, la loi du 23 mars 1855 ne visant que les actes entre vifs, la transcription n'est certainement pas requise pour les constitutions ou transmissions des droits dont il s'agit lorsqu'elles résultent de dispositions testamentaires (2).

Le légataire à titre particulier d'un immeuble n'a donc pas besoin de faire transcrire le testament pour devenir propriétaire à l'égard des tiers.

377. A peine est-il besoin de dire qu'il en est de même lorsque la création ou la translation de ces droits est l'œuvre directe de la loi. Celui qui recueille une succession comprenant des immeubles, n'a donc pas à faire procéder à la transcription, pas plus que celui au profit de qui s'ouvre un droit

(1) Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire*, I, n. 681 ; Verdier, *Transcription hypothécaire*, I, n. 229 ; Troplong, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, n. 112, 364, 470 ; Mourlon, *Transcription*, n. 110 s. ; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 57, texte et note 11, 5e édit., p. 81, texte et note 11 ; Demolombe, XX, 338.

(2) Rapport de M. de Belleyme, Sirey, *Lois annotées*, 1855, p. 27, n. 4 ; Bressolles, *Exposé des règles de droit civil résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription*, n. 21 ; Lesenne, *De la transcription*, n. 4 ; Troplong, *op. cit.*, n. 35 à 40 et 108 ; Flandin, *op. cit.*, I, n. 17 ; Verdier, *op. cit.*, I, n. 5 ; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 56, texte et note 9, 5e édit., p. 81, texte et note 9 ; Planiol, I, 1re édit., n. 1397, 2e édit., n. 1336, 3e édit., n. 2613, al. 2. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, III, n. 2070, p. 320.

d'usufruit légal portant sur des biens de cette nature [1].

378. Nous n'avons pas à faire dans cet ouvrage une étude complète des divers actes et jugements soumis à la formalité de la transcription. Nous résoudrons simplement quelques-unes des difficultés qui naissent au sujet de certains des principaux contrats auxquels s'applique la loi du 23 mars 1855.

379. Nous citerons en premier lieu les ventes d'immeubles.

Quand une vente de cette nature est suivie d'une déclaration de command, il faut que la vente et la déclaration soient transcrites l'une et l'autre, car la transcription de la vente n'a pour effet que de garantir l'acquéreur et le command contre les actes du vendeur. La transcription de la déclaration de command peut seule mettre le command à couvert des actes de l'acquéreur [2]. Il n'est pas nécessaire toutefois de faire transcrire l'acceptation du command [3].

380. S'il s'agit d'une vente alternative de deux immeubles ou d'un immeuble et d'un meuble, on ne doit pas attendre, pour faire procéder à sa transcription, que l'option ait eu lieu, et il n'y a pas à distinguer suivant que l'option appartient au vendeur ou à l'acquéreur. Il convient, du moins, de se prononcer dans ce sens si l'on admet que la vente alternative ne s'analyse pas en deux ventes conditionnelles et que l'acquéreur a un droit sur les deux choses, sauf cette particularité que, relativement à l'une d'elles, ce droit sera anéanti par l'exercice de l'option [4].

381. Lorsqu'une vente porte sur des immeubles par destination envisagés indépendamment de l'immeuble par nature auquel ils sont attachés, elle n'est pas assujettie à la transcription, car la chose qui en fait l'objet perd son caractère

(1) Flandin, *op. cit.*, I, n. 357; Verdier, I, n. 20; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 56, 5e édit., p. 80.

(2) Verdier, I, n. 71, p. 153; Aubry et Rau, 4e édit., p. 288, *in fine*, 289, 5e édit., p. 432 *in fine*, 433.

(3) Flandin, I, n. 148; Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 226-227, n. 31 *ter*; Verdier, I, n. 72, p. 159; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 289, 5e édit., p. 433.

(4) Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, I, n. 37; Flandin, I, n. 105 s.; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 286, *in fine* et p. 287, texte et note 1, 5e édit., p. 430. — M. Verdier, n'admet cette solution que pour le cas où l'option appartient à l'acquéreur, I, n. 75, p. 169-170.

immobilier, précisément parce qu'elle est vendue isolément. Il s'agit donc ici d'une vente mobilière (1).

382. La promesse de vente acceptée sans promesse réciproque d'acheter (promesse unilatérale de vente) ne peut être efficacement transcrite que lorsque celui à qui elle a été faite a déclaré vouloir acheter, et cette déclaration doit être, elle aussi, transcrite (2).

Mais si la promesse de vente a été acceptée avec promesse d'acheter (promesse synallagmatique de vente), il y a lieu de la faire transcrire immédiatement (3), sauf quand la convention est accompagnée d'une remise d'arrhes, les parties ayant alors le droit de se désister de la promesse (4).

383. Les dations en paiement faites avec des immeubles sont assimilées aux ventes immobilières. Comme exemples de pareilles dations en paiement, nous citerons l'abandon d'un immeuble consenti en paiement d'une dot promise en argent, alors même qu'il émanerait d'un ascendant (5) ; la cession soit d'immeubles propres, soit de conquêts faite par le mari à la femme renonçante, pour l'acquittement de la créance qui appartient à celle-ci à raison de ses reprises (6) ; la vente que l'un des époux consent à l'autre dans l'un des cas prévus par l'art. 1599.

384. Sont également assujetties à la transcription, quant aux immeubles compris dans l'hérédité, les cessions de droits successifs lorsqu'elles ne sont pas consenties au profit d'un cohéritier ou qu'elles ne mettent pas complètement fin à

(1) Alger, 19 mars 1884, D. P., 85. 2. 134.

(2) *Sic* Rivière et Huguet, *Questions théoriques et pratiques sur la transcription*, n. 53; Troplong, n. 52; Flandin, I, n. 61 et 62; Verdier, I, n. 52, p. 118; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 287, 5e édit., p. 431. — *Contra* Mourlon, I, n. 39; Larombière, I, p. 480 (art. 1138, n. 4 ', al. 6.

(3) *Sic* Mourlon, I, n. 38; Flandin, I, n. 66; Aubry et Rau, 4e édit., p 287, 5e édit., p. 431. — *Contra* Troplong, n. 52.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contra* Verdier, I, n. 48-49, p. 105-117.

(5) Flandin, I, n. 179; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 290, 5e édit., p. 436.

(6) Troplong, n. 62; Gauthier, n. 71 s.; Rivière et Huguet, n. 29 s.; Flandin, I, n. 177, 178 et 296; Mourlon, I, n. 47 *in fine*, p. 109 et 110; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 291, 5e édit., p. 436. — Civ. rej., 8 fév. 1858, S., 58. 1. 268, D. P., 58. 1. 70. — Aix, 10 août 1870, D. P., 73. 2. 204. — Trib. civ. Lyon, 2 août 1890, *Monit. Lyon*, 3 nov. 1890.

l'indivision [1]. Dans ces cas, en effet, les cessions de droits successifs, en tant qu'elles concernent les immeubles héréditaires, ne sont pas autre chose que des ventes immobilières [2].

Lors, au contraire, qu'elles sont consenties au profit de cohéritiers et qu'elles font cesser absolument l'indivision, elles doivent être considérées comme des partages, et elles sont, en conséquence, dispensées de la transcription.

385. Il faut également faire transcrire, en tant qu'ils constatent des apports en immeubles, les actes de sociétés civiles ou commerciales [3].

C'est ainsi qu'un apport de cette nature, fait à une société anonyme et rémunéré par l'attribution d'un certain nombre d'actions de cette société, est un acte sujet à la transcription [4].

On ne peut pas objecter que, dans ce cas, cette formalité est inutile comme faisant double emploi avec la publicité de l'acte de société. Quant aux actes translatifs de droits réels immobiliers, le seul mode de publicité que la loi considère comme suffisant, c'est la transcription [5].

Mais il n'y a pas lieu de faire transcrire les cessions d'actions ou d'intérêts dans des sociétés de commerce ou d'industrie, alors même que l'actif social comprend des immeubles. Ici, en effet, les immeubles appartiennent à la société, être moral, et non pas aux associés, et, par conséquent, les droits qui font l'objet des cessions dont nous parlons ne sont pas des droits réels et n'ont pas le caractère immobilier. Art. 529 [6].

(1) Aix, 10 août 1870, D. P., 73. 2. 204. — Aix, 30 avril 1885, *Rec. d'Aix*, 85, 215. — Req., 3 déc. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 705.

(2) Rivière et Huguet, n. 53 et 92; Troplong, n. 58; Mourlon, I, n. 179 et 199; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 289, texte et note 11, 5e édit., p. 435, texte et note 11.

(3) Troplong, n. 63; Flandin, I, n. 266; Gauthier, n. 61; Mourlon, I, n. 52; Verdier, I, n. 40; Berger, *Transcription*, n. 103; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 291, 5e édit., p. 437.

(4) Req., 25 avril 1893, D. P., 93. 1. 320. — V. aussi Req., 8 mars 1875, S., 75. 1. 449 (note de Labbé), D. P., 76. 1. 369. — Cpr. Req., 8 décembre 1878, D. P., 79. 1. 5 (note de Beudant).

(5) *Sic* Flandin, *loc. cit.* — *Contra* Sellyer, *Explication de la loi sur la transcription*, n. 123.

(6) Rivière et Huguet, n. 132 et 133; Flandin, n. 270 à 272; Verdier, I, n. 17; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 291, texte et note 22, 5e édit., I, p. 437, texte et note 22.

386. Les contrats de mariage contenant stipulation de communauté universelle sont assujettis à la transcription relativement aux immeubles apportés par les époux [1].

Il convient aussi de faire transcrire immédiatement les contrats de mariage qui renferment des clauses d'ameublissement en propriété et sans limitation de somme [2]. Pothier disait avec raison que les clauses de cette nature contiennent une *espèce d'aliénation* [3].

La transcription est nécessaire même quand l'ameublissement est fait par le mari, car, dans cette hypothèse, elle a pour effet d'empêcher ce dernier de disposer à titre gratuit des immeubles ameublis, pendant la communauté, comme aussi d'en disposer soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, après la dissolution de celle-ci [4].

387. Les actes simplement déclaratifs de propriété immobilière ne sont pas sujets à la transcription.

Il en est ainsi des partages, et, par cette expression, nous entendons tous les actes à titre onéreux qui ont pour effet de mettre fin à l'indivision au regard de tous les communistes. Peu importe, par conséquent, que ces actes ne soient pas qualifiés de partages [5].

La transcription n'est même pas requise lorsqu'un tiers, cessionnaire de l'un des communistes, se trouve, au résultat du partage, seul propriétaire des immeubles indivis [6].

Mais elle devient nécessaire si l'on insère dans le partage une convention translative de propriété, par exemple une

(1) Mourlon, I, n. 52; Flandin, I, n. 291; Verdier, I, n. 140; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 293 *in fine*, 5e édit., p. 437 *in fine*.

(2) *Sic* Mourlon, I, n. 49; Flandin, I, n. 273 à 277; Verdier, I, n. 133; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 292, texte et note 25, 5e édit., p. 438, texte et note 25. — *Contra* Troplong, n. 64-67.

(3) Pothier, *Cout. d'Orléans, Introduction au titre X*, n. 51 (édit. Dupin, X, p. 305).

(4) *Sic* Mourlon, *loc. cit.*; Flandin, I, n. 278 et 279; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 292, texte et note 24, 5e édit., p. 438, texte et note 24. — *Contra* Rivière et Huguet, n. 37.

(5) Trib. civ. Toulouse, 12 mars 1898, *Gaz. Midi*, 12 juin 1898.

(6) Flandin, I, n. 208 s.; Verdier, I, n. 108; Demolombe, XVII, n. 289; Aubry et Rau, II, 4e éd., p. 299, texte et note 48, 5e éd., p. 447 *in fine*, 448, texte et note 48. — Civ. rej., 27 janv. 1857, S., 57. 1. 665, D. P., 57. 1. 5. — Cpr. Civ. cass., 29 mai 1876, S., 76. 1. 297, D. P., 76. 1. 377.

convention qui a pour but d'établir sur un immeuble une servitude au profit d'un autre immeuble (1).

388. Les transactions sont également des actes déclaratifs; elles sont donc, elles aussi, dispensées de la transcription, quand elles portent sur des immeubles (2).

Il en serait toutefois autrement, si l'attribution d'un immeuble non litigieux était faite à l'une des parties comme condition de son consentement à la transaction. Alors, en effet, il y aurait vraiment translation de propriété immobilière (3).

389. De même ne sont pas soumis à la transcription les actes récognitifs de droits réels immobiliers, la loi du 23 mars 1855 les ayant implicitement dispensés de cette formalité. C'est ce qui a été notamment jugé, relativement à un acte récognitif de servitude (4).

390. Il faut adopter la même solution pour les actes confirmatifs de conventions translatives ou constitutives de pareils droits. La qualification même qu'on donne à ces actes dit assez qu'ils n'ont pas pour but de créer ou de transférer des droits. Et il n'y a pas lieu, d'après nous, de distinguer suivant que la convention confirmée était viciée par l'erreur, la violence ou le dol, ou qu'elle était annulable pour cause d'incapacité. Car, aussi bien dans la première hypothèse que dans la seconde, cette convention, dès qu'elle a été formée, a produit ses effets, notamment la translation ou la constitution de droits réels, et, par conséquent, la confirmation est venue simplement assurer le maintien de ces effets (5).

(1) Pau, 26 janv. 1875, S., 75. 2. 216. — Orléans, 7 avril 1897, S., 99. 2. 279, D. P., 99. 2. 238. — *Adde* Ducruet, *Transcrip.*, p. 11; Verdier, I, n. 95 et 239.

(2) *Sic* Flandin, I, n. 329 s.; Gauthier, n. 85; Rivière et Huguet, n. 20 s.; Berger, n. 100 s.; Verdier, I, n. 119 s.; Troplong, n. 71; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 300, 5e édit., p. 449; Planiol, I, 1re édit., n. 1400-2°, 2e édit., n. 1339-2°, 3e édit., n. 2614. — Bordeaux, 17 mars 1892, S., 94. 2. 9, D. P., 93. 2. 182. — Orléans, 23 nov. 1893, S., 94. 2. 9, D. P., 94. 2. 287. — *Contra* Mourlon, I, n. 74 et 75, et II, n. 547, et *Rev. prat. du dr. franç.*, III, p. 322 s., n. 72 s.; Lesenne, n. 38.

(3) Flandin et Vauthier, *op.* et *loc. cit.;* Mourlon, I, n. 73, et *Rev. prat du dr. franç.*, III, p. 322, n. 73; Rivière et Huguet, n. 21; Verdier, I, n. 120; Troplong, n. 70; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 300, 5e édit., p. 449, *in fine;* Laurent, XXVIII, n. 394, et XXIX, n. 71. — Orléans, 23 nov. 1893, précité.

(4) Trib. civ. Nancy, 5 oct. 1888, joint à Nancy, 16 nov. 1889, S., 91. 2. 161.

(5) Flandin, I, n. 467-479; Troplong, n. 56; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 301,

3901. On admet généralement que les dispositions de la loi du 23 mars 1855 ne sont pas applicables en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Les nombreuses formalités qui accompagnent cette expropriation, — qu'elle soit prononcée par jugement, en vertu de l'art. 14 de la loi du 3 mai 1841, ou qu'elle résulte d'une cession amiable, dont la validité est reconnue par l'art. 19 de cette dernière loi, — lui donnent une publicité suffisante pour avertir les tiers de l'aliénation forcée dont il s'agit. L'art. 16 de la loi de 1841, combiné avec l'art. 19, ordonne, il est vrai, la transcription au bureau des hypothèques, conformément à l'art. 2181, du jugement d'expropriation ou du contrat de cession amiable. Mais cette transcription spéciale n'a d'utilité que pour la purge des privilèges et hypothèques et en vue de faire courir le délai de quinzaine, imparti par l'art. 17 de la loi de 1841, pendant lequel les droits réels sur l'immeuble exproprié doivent se manifester de manière à être transportés sur le prix. Cela résulte de ce que l'art. 16 qui impose cette transcription renvoie à l'art. 2181 qui détermine les formalités à remplir en cas de purge. Une cession amiable, consentie dans un intérêt supérieur d'utilité publique est donc, nonobstant le défaut de transcription, opposable à tous [1].

texte et note 54, 5e édit, p. 450, texte et note 54; Larombière, VI, p. 366 (art. 1338, n. 57); Bufnoir, *Propr. et contr.*, p. 715; Planiol, I, 1re édit., n. 1402, 2e édit, n. 1340, 3e édit., n. 2614, al 5. — *Contra* Mourlon, I, n. 126, p. 335; Verdier, I, n. 187, p. 342. — Mais, si la convention que les parties prétendent confirmer est radicalement nulle, il va de soi que l'acte doit être soumis à la transcription. Alors, en effet, il engendre le droit dont il est censé consolider simplement l'existence. — *Sic* Rivière et Huguet, n. 224; Verdier, I, n. 70, p. 150; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 301, texte et note 56, 5e édit., p. 450 *in fine*, 451, texte et note 56. — *Contra* Flandin, I, n. 480.

[1] *Sic* Bressoles, n. 27, 34 et 87; Sellier, n. 268; Rivière et Huguet, n. 353; Ducruet, p. 5; Troplong, n. 103-104; Cabantous, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1855, VII, p. 100; Gauthier, n. 19; Balbie, *Dr. admin.*, VII, n. 61; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 297-299, texte et note 43, 5e édit., p. 444-446, texte et note 43; Larombière, I, p. 482 (art. 1138, n. 42); Crépon, *Code de l'expropriation*, art. 17, n. 4; Daffry de la Monnoie, *Tr. de l'expropr.*, I, p. 180; Laurent, XXIX, n. 90-91. — Trib. civ. de Dax, 24 déc. 1903 (cession amiable), *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 491. — *Contra* Verdier, I, n. 225-226; Flandin, I, n. 599 s.; Mourlon, I, n. 188.

2° Comment s'effectue la transcription.

391. La transcription exigée par la loi du 23 mars 1855 consiste dans l'inscription par copie littérale, sur un registre public spécial tenu par le conservateur des hypothèques, des actes ou jugements visés par les art. 1 et 2 de cette loi.

En principe ces actes et jugements doivent être transcrits en entier (1). Cette règle s'applique notamment aux ventes portant à la fois sur desimmeubles et sur des meubles quand elles sont consenties pour un prix unique (2); elle s'applique aussi aux échanges (3).

Mais lorsqu'un acte, par exemple un contrat de mariage, contient diverses conventions dont certaines seulement sont assujetties à la transcription, il suffit de faire transcrire les parties de l'acte renfermant les conventions pour lesquelles cette formalité est nécessaire (4). Toutefois, il en est autrement si l'ensemble de ces diverses conventions constitue un tout indivisible (5).

Le législateur n'a pas fixé de délai pour l'accomplissement de la transcription. Mais aucune autre formalité ne peut la suppléer (6).

On peut faire transcrire aussi bien des actes sous seing privé que des actes authentiques (7).

(1) Le conservateur des hypothèques peut, en général, se refuser à transcrire un acte dont on ne lui présente qu'un extrait; Flandin, I, n. 775; Mourlon, I, n. 217, D., *Rép. alph.*, v° *Transcrip. hyp.*, n. 414. — Amiens, 15 nov. 1838, S., 39. 2. 241. — Orléans, 7 juin 1839, S., 39. 2. 342. — Paris, 16 juin 1840, S., 40. 2. 487. — Civ. rej., 28 mai 1862, S., 62. 1. 961, D. P., 62. 1. 228.

(2) Flandin, I, n. 783 et 784; Mourlon, I, n. 221; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 65, 5e édit., p. 91 *in fine;* Verdier, I, n. 273.

(3) *Sic* Flandin, I, n. 779; Troplong, *Des hypothèques*, n. 911; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 65, 5e édit., p. 92. — *Contra* Verdier, I, n. 270.

(4) Bressolles, n. 27; Flandin, I, n. 781; Rivière et Huguet, n. 250; Mourlon, I, n. 50-51; Troplong, *Transcript.*, n. 89 et 125; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 66, 5e édit., p. 92; Laurent, XXIX, n. 74; Verdier, I, n. 269.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Civ. rej., 28 mai 1862, S., 62. 1. 961, D. P., 62. 1. 228.

(6) Grenoble, 1er juillet 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 506.

(7) V. *Rapport fait au Corps Législatif*, par M. de Belleyme, Sirey, *Lois annotées*, 1855, p. 28, n. 7; Troplong, n. 135; Flandin, I, n. 23; Mourlon, I, n. 213; Bressolles, n. 28; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 67, 5e édit., p. 93; Verdier, I, 280. — Les actes passés en pays étranger, lorsqu'ils concernent des immeubles situés en France et susceptibles d'hypothèques, sont soumis à la transcription. Ils peu-

Celui qui requiert la transcription est tenu de déposer entre les mains du conservateur une expédition de l'acte, s'il est authentique, ou l'acte lui-même, s'il est sous seing privé (1).

Il n'y a pas lieu de comprendre dans la transcription les procurations et autres pièces annexées aux actes soumis à cette formalité (2).

Chacune des parties intéressées est admise à faire procéder à la transcription, notamment par le ministère d'un fondé de pouvoir, et tout porteur de l'acte à transcrire est présumé avoir mandat de requérir l'accomplissement de cette formalité (3).

La transcription doit être faite au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les immeubles sont situés. S'il y a des immeubles dans différents arrondissements, elle doit être requise à chacun des bureaux, alors même que tous les immeubles ne formeraient qu'un domaine (4). Si les actes transcrits portent sur des actions immobilisées de la banque de France, la transcription doit avoir lieu à Paris (5).

Le conservateur n'est pas juge de l'utilité ou de l'inutilité de la transcription à laquelle on le requiert de procéder. Il ne peut ni refuser ni même différer l'accomplissement de cette formalité (6).

Il est tenu d'inscrire jour par jour et par ordre numérique

vent, d'ailleurs, être transcrits sans avoir été revêtus de la formule exécutoire par un tribunal français. car la transcription n'est pas un acte d'exécution, Flandin, I, n. 56 et 57; Bressolles, n. 14; Verdier, I, n. 164, p. 324; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(1) Cependant la transcription faite sur une copie conforme à l'original devrait produire son effet. Flandin, I, n. 795 et 796; Aubry et Rau, II, 4e édit., *loc. cit.*, 5e édit., p. 94.

(2) *Sic* Bressolles, *loc. cit.;* Flandin, I, n. 119 et 789; Troplong, n. 126 et 127; Mourlon, I, n. 226; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Verdier, I, n. 273. — *Contra* Martou, *Des hypothèques*, I, n. 54; Laurent, XXIX, n. 130 à 140.

(3) Mourlon, I, n. 242-247; Verdier, I, 287 *bis;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., *loc. cit.*, 5e édit., p. 93; Laurent, XXIX, n. 151.

(4) Flandin, I, n. 785; Troplong, n. 133; Mourlon, I, n. 45, 133 et 228; Verdier, I, n. 279; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 66, 5e édit., p. 93.

(5) Flandin, I, n. 788; Mourlon, I, n. 223; Rivière et Huguet, n. 135; Verdier, I, n. 275, p. 474; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 66, 5e édit., p. 93.

(6) Flandin, I, n. 790 et 791; Mourlon, I, n. 214; Rivière et Huguet, n. 167; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 67, 5e édit., p. 94; Verdier, I, n. 281. — V. cependant Mourlon, I, n. 215-217; Laurent, XXIX, n. 134.

les remises qui lui sont faites d'actes à transcrire, et de délivrer au requérant, si celui-ci le demande, une reconnaissance rappelant le numéro du registre sur lequel la remise a été inscrite. Art. 2200.

La transcription doit être opérée à la date et dans l'ordre où les actes sont présentés au conservateur.

Mention en est faite par celui-ci sur l'expédition ou l'original de l'acte qui lui a été présenté et qu'il est tenu de rendre au requérant.

Ce dernier fait l'avance des frais de transcription; mais, le cas échéant, il peut en demander le remboursement à qui de droit.

« Le conservateur, lorsqu'il en est requis, délivre sous sa responsabilité l'état spécial ou général des transcriptions... » L. 23 mars 1855, art. 5.

La transcription étant une formalité d'intérêt général, on n'est jamais restituable, par exemple pour cause d'incapacité personnelle, contre le défaut ou l'irrégularité de la transcription. L'incapable a seulement un recours contre celui qui devait requérir la transcription dans son intérêt. Arg. art. 942 (1).

3° Des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription.

392. La transcription est nécessaire pour que les actes et jugements énumérés dans les deux premiers articles de la loi du 23 mars 1855 soient opposables aux tiers. C'est ce que dit l'art. 3 de la même loi : « Jusqu'à la transcription les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans » (2).

(1) Flandin, I, n. 816 et 817; Bressolles, n. 55; Troplong, n. 196; Rivière et Huguet, n. 156; Verdier, I, n. 303; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 67, 5e édit., p. 93 *in fine*.

(2) V. Req., 21 octobre 1902 et le rapport de M. le conseiller Alphandéry, D. P., 1902. 1. 542.

Ont les uns par rapport aux autres la qualité de *tiers*, tous ceux qui ont acquis à titre particulier sur un même immeuble, du chef du dernier propriétaire ou d'un propriétaire antérieur, des droits qui se trouvent en conflit les uns avec les autres (droits de propriété, d'usufruit, d'usage ou d'habitation, de servitude, d'antichrèse, de bail, d'hypothèque).

393. Le conflit est tranché au profit de celui qui a rempli le premier la formalité prescrite par la loi pour porter son droit à la connaissance des tiers (transcription ou inscription), sans qu'on tienne compte de la date des titres.

Ainsi, entre deux acquéreurs successifs du même immeuble qui tiennent leurs droits du même aliénateur, on préfère celui qui le premier a fait transcrire son titre, celui-ci fût-il postérieur en date [1].

De même le conflit qui s'élève entre l'acquéreur d'un immeuble et un créancier hypothécaire tenant ses droits de l'aliénateur, sera tranché au profit de l'acquéreur, si ce dernier a fait transcrire son titre avant que le créancier ait fait inscrire son hypothèque [2]. Dans le cas contraire, c'est le créancier qui sera préféré [3].

De même encore, entre l'acquéreur d'un immeuble et celui qui a acquis de l'aliénateur un droit de servitude [4], d'usufruit ou d'antichrèse sur ce même immeuble, la préférence est accordée à celui qui le premier aura fait transcrire son titre, alors même que ce titre serait d'une date postérieure.

(1) Req., 29 fév. 1904, S., 1904. 1. 216, D. P., 1905. 1. 7, *Pand. franç.*, 1904. 1. 301, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 527. — *Adde* Pau, 4 février 1884, D., 85. 2. 85. — Cpr. Req., 31 mai 1875, S., 77. 1. 103, D. P., 76. 1. 496. — Mais, dans ce cas, le vendeur peut être condamné à payer des dommages-intérêts à l'autre acquéreur. — Trib. civ. Seine, 26 nov. 1889, *Journ. enregistr.*, 91. 571.

(2) Il en est ainsi même quand la vente a été ensuite résolue par l'effet d'une surenchère suivie d'adjudication au bénéfice d'une tierce personne, car cette circonstance ne peut pas faire revivre au profit du créancier le droit qui a été définitivement éteint par la transcription. — Civ. cass., 27 juillet 1894, S., 94. 1. 408.

(3) Req., 25 juil. 1877, S., 77. 1. 441 (note de Labbé), D. P., 78. 1. 49 (note de Beudant). — Nancy, 27 déc. 1879, S., 80. 2. 174, D. P., 80. 2. 119. — Req., 1er déc. 1902, S., 1903. 1. 180, D. P., 1904. 1. 5 (note de M. de Loynes). — Dans ces deux derniers arrêts, il s'agit d'une inscription d'hypothèque judiciaire.

(4) V. une application du principe dans Bordeaux, 26 nov. 1889, *Journ. des arrêts de la cour d'app. de Bord.*, 90. 1. 158.

394. Toutefois cette règle ne concerne que les tiers dont les droits sont soumis à la transcription ou à l'inscription.

Ainsi le droit du légataire d'un immeuble devenant immédiatement après la mort du testateur opposable aux tiers, indépendamment de toute transcription, ce légataire l'emportera nécessairement sur tous ceux auxquels l'héritier du testateur aurait conféré des droits sur cet immeuble.

De même un preneur à bail pour moins de dix-huit ans pourra opposer son droit à l'acquéreur de l'immeuble sur lequel porte son bail, sous la seule condition que le bail ait date certaine antérieure à la vente. Art. 1743 [1]. Mais, si le bail est de plus de dix-huit ans, il ne pourra être opposé à l'acquéreur pour toute sa durée qu'à la condition d'avoir été transcrit en temps utile, c'est-à-dire antérieurement à la transcription de la vente.

395. Le principe est donc que, lorsqu'il y a conflit entre deux acquéreurs qui tiennent leurs droits du même auteur, il suffit, pour que l'un d'eux puisse opposer à l'autre le défaut de transcription, qu'il ait, lui, fait transcrire son propre titre. Mais, lorsqu'il s'agit de deux acquéreurs qui tiennent leurs droits de personnes différentes, il faut, pour que l'un d'eux soit admis à exciper du défaut de transcription, que le titre de son auteur immédiat et, s'il y a lieu, ceux de ses auteurs médiats, aient été également transcrits.

Par suite, un sous-acquéreur ne peut opposer le défaut de transcription à des ayants cause du premier vendeur que si l'aliénation consentie au profit de son auteur a été transcrite avant que ses ayants cause aient rempli les formalités requises pour la conservation de leurs droits. En effet, si cette condition n'est pas remplie, le titre du sous-acquéreur n'a pas plus de force à leur égard que s'il émanait d'un non propriétaire, puisque l'acte passé au profit du premier acquéreur ne leur est pas opposable.

Sans doute, par hypothèse, le sous-acquéreur a, le premier, fait transcrire son titre, et la transcription est destinée

[1] Bressolles, n. 50; Lesenne, n. 77; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 59, 5e édit., p. 84; Verdier, I, n. 399.

à protéger les tiers. Mais le sous-acquéreur n'est pas un tiers au regard des ayants cause du vendeur originaire, car il n'a pas acquis directement l'immeuble de ce vendeur.

D'ailleurs, la manière dont les conservateurs des hypothèques tiennent leurs registres et répertoires ne permettait pas que la transcription du titre du sous-acquéreur pût révéler aux ayants cause du vendeur originaire l'aliénation consentie par celui-ci au profit du premier acquéreur. Sont, en effet, seulement portés dans ces répertoires les noms des personnes figurant comme parties dans les actes transcrits, et, par conséquent, il n'y est pas fait mention des noms de ceux qui sont désignés dans ces actes comme précédents propriétaires. Enfin, si les ayants cause dont il s'agit ont traité avec le vendeur originaire, c'est sur la foi des garanties qui leur étaient données par la loi, et, par suite, ils n'ont point agi avec imprudence. Il n'en est pas de même du sous-acquéreur, qui a fait preuve d'une négligence inexcusable en ne se renseignant pas sur le point de savoir si le titre de son vendeur avait été transcrit. Nous ne voyons donc pas comment on pourrait lu donner la préférence [1].

Il faut décider de même que les inscriptions hypothécaires prises depuis la transcription du titre du sous-acquéreur, mais du chef de l'aliénateur antérieur, sont efficaces, si l'acte d'aliénation consenti par ce dernier n'a pas été transcrit [2].

396. Ainsi, en règle générale, entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, celui qui a le premier fait transcrire son titre doit être préféré. Mais il en est autrement lorsque la seconde vente et la transcription qui en a été opérée ont été le résultat d'un concert frauduleux organisé entre le

(1) *Sic* Lesenne, n. 63 à 65; Fons, n. 43; Humbert, *Nouv. observ. sur la loi relative à la transcr.*, *Rev. hist.*, 1855, I, p. 464; Ducruet, n. 14 et 24; Mourlon, II, n. 447-450 et 593-601; Gide, *Rev. crit.*, 1865, XXVI, p. 372 s.; Larombière, I, p. 488 (art. 1138, n. 47); Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 315-317, texte et note 99, 5e édit., p. 467-469, texte et note 99; Demolombe, XXIV, n. 465. — *Contra* Rivière et François, n 52; Rivière et Huguet, n. 212; Lemarcis, p. 35, n. 8; Flandin, II, n. 887 et 892; Verdier, *Rev. prat.*, 1865, XX, p. 54, et 1866, XXII, p. 252, et *Transcr. hypoth.*, I, n. 366, p. 620-627; Pont, *Priv. et hyp*, I, n. 265, et II, n. 1292.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, III, n. 2077, p. 323, 2e éd.

vendeur et le second acquéreur pour faire perdre au premier acquéreur le bénéfice de son contrat.

La cour suprême fonde cette décision sur l'idée générale que la fraude fait exception à toutes les règles (1). Il est certain que le législateur de 1855 n'a pas entendu favoriser la fraude. Mais, suivant la remarque de M. Lyon-Caen, on peut justifier la décision dont nous parlons en se plaçant à un point de vue spécial, c'est-à-dire en s'appuyant sur la disposition de l'art. 1382. Le second acquéreur est tenu de réparer le dommage qu'il a causé par sa faute au premier. Sans doute les dommages-intérêts que doit l'auteur d'un délit consistent la plupart du temps en une somme d'argent. Mais il n'est contraire à aucun principe que, dans notre hypothèse, le premier acquéreur obtienne comme réparation le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient avant la transcription de la seconde vente.

M. Lyon-Caen prévoit une objection : si l'on se place sur le terrain de l'art. 1382, il n'est point sûr que l'acquéreur obtienne l'immeuble. Il n'est, après tout, qu'un créancier ordinaire ; les autres créanciers du second acquéreur peuvent donc concourir avec lui.

La réponse est facile : les autres créanciers du second acquéreur ne sauraient, au regard du premier, avoir plus de droits que leur débiteur : ils ne peuvent donc pas opposer le défaut de transcription en vertu de l'art. 1166 (2).

397. Nous venons de supposer l'existence d'un concert

(1) Req., 27 nov. 1893, S., 94. 1. 385, D. P., 94. 1. 343; 29 fév. 1904, S., 1904. 1. 216, D. P., 1905. 1. 7, *Pand. franç.*, 1904. 1. 303, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 527. — Dans le même sens Req., 8 déc. 1858, S., 60. 1. 991, D. P., 59. 1. 184. — Grenoble, 14 août et 11 décembre 1869, S., 70. 2. 35, D. P., 70. 2. 151. — Pau, 4 février 1884, D. P., 85. 2. 85. — Agen, 22 mars et 23 novembre 1887, *Rec. d'Agen*, 1887, p. 270. — Riom, 23 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 611. — Cpr. Req., 14 mars 1859 (revente ayant pour but de paralyser l'action résolutoire du précédent vendeur), S., 59. 1. 833, D. P., 59. 1. 500; 21 juill. 1885, S., 87. 1. 175, D. P., 86. 1. 326.

(2) Lyon-Caen, note dans Sirey, sous l'arrêt précité du 27 novembre 1893. — *Sic* Rivière et François, n. 48-49; Flandin, II, n. 871-882; Bressolles, n. 43; Lesenne, n. 81; Troplong, n. 190; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 308, 5e édit., p. 459; Garsonnet, *Rev. prat.*, 1871, XXXI, p. 244; Raoul Biville, *Les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble qui a transcrit son contrat avant le premier*. — *Contra* Mourlon, II, n. 450-452.

frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur. Mais il se peut qu'au moment où celui-ci a acheté, il eût simplement connaissance de la première vente. Dans ce cas, à vrai dire, il n'a pas été de bonne foi. Toutefois cela suffit-il pour qu'il soit non recevable à opposer au premier acquéreur le défaut de transcription? Nous ne le croyons pas. Le but qu'ont poursuivi les auteurs de la loi du 23 mars 1855 serait manqué si, en fait, relativement aux effets du défaut de transcription, il était permis de distinguer suivant que les tiers avaient ou n'avaient pas connaissance de l'aliénation non transcrite. La pensée du législateur est celle-ci : ou l'aliénation est transcrite, et elle est opposable aux tiers; ou elle n'est pas transcrite, et elle ne peut pas leur être opposée. Il ne faut pas oublier, en effet, que la formalité de la transcription a été prescrite pour affermir le crédit immobilier, par conséquent en vue de l'intérêt général. Il est donc inadmissible qu'on puisse, dans chaque espèce, soulever des difficultés qui seraient de nature à compromettre l'efficacité de cette mesure. Au surplus l'art. 1071, relatif aux substitutions permises, qui sont également assujetties à la transcription en tant qu'elles portent sur des immeubles, fournit un argument dans ce sens. Il dispose que « le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers-acquéreurs pourraient avoir de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription ». Ce texte, il est vrai, ne parle que des substitutions; mais il n'y a aucune raison pour que la règle soit différente en ce qui concerne la transcription des actes visés par la loi de 1855 (1).

(1) Lyon-Caen, *loc. cit.*, et les autres auteurs cités à la note précédente. — *Adde* Huc, VII, n. 127. — Civ. cass., 5 juil. 1882, S., 84. 1. 116, D. P., 83. 1. 350. — Douai, 4 avril 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 107. — Orléans, 4 mars 1896, D. P., 96. 2. 515; *Gaz. Pal.*, 96. 2. 32. — Riom, 23 nov. 1898, précité. — V. aussi Civ. rej., 3 thermidor an XIII, S. chr., II. 1. 142. — Agen, 5 novembre 1888 (inscription prise par un créancier hypothécaire sur un immeuble qu'il savait avoir été vendu, mais dont la vente n'avait pas été transcrite), D. P., 91. 2. 261. — Comp. Pau, 29 mars 1871, S., 71. 2. 245. — V. cependant Verdier, I, n. 345, p. 596-600; G. Boissonnade, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription, à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire, Rev. prat.*, 1870, XXX, p. 587 s., et 1871, XXXI, p. 259.

398. Nous avons supposé jusqu'ici que deux acquéreurs d'un même immeuble avaient fait transcrire leurs titres à des dates différentes. Mais que décider lorsque ces titres ont été transcrits le même jour ? On doit alors donner la préférence à celui qui a été présenté à la transcription en premier lieu ; et ce qui détermine l'antériorité, c'est l'ordre dans lequel les pièces remises par les parties ont été inscrites sur le registre des dépôts, que les conservateurs des hypothèques sont obligés de tenir en vertu de l'art. 2200. Ce texte porte notamment que les conservateurs donneront aux requérants une reconnaissance sur papier libre, et le Tribunat, sur la demande duquel l'art. 2200 a été ajouté, en a expliqué ainsi le but : « La mesure proposée, évitera les suites des méprises, et *assurera le droit des parties intéressées dans l'ordre des jours où elles auront fait leurs réquisitions* » (1). Il s'ensuit bien que l'ordre des remises règle d'une façon définitive la question de préférence et que les interversions qui pourraient être faites ensuite sur le registre des transcriptions seraient sans influence. Mais la loi du 5 janv. 1875, qui est venue compléter l'art. 2200, fournit un autre argument. Elle dispose que le registre prescrit par cet article sera tenu double et que l'un des doubles sera déposé, sans frais et dans les trente jours qui suivront sa clôture, au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur. Elle a prescrit ces mesures afin que le registre des dépôts pût servir à la reconstitution des registres des transcriptions ou des inscriptions qui seraient détruits par un incendie ou par un autre accident. N'a-t-elle pas ainsi reconnu implicitement que le registre des dépôts faisait preuve contre les tiers (2) ? Concluons en disant

(1) Fenet, XV, p. 417, *in fine;* Locré, XVI, p. 322, n. 18. — V. aussi rapport du tribun Grenier, Fenet, XV, p. 507; Locré, XVI, p. 400 et 401.

(2) *Sic* Flandin, II, n. 920 à 923; Sellier, *Comment. sur la loi du 23 mars 1855*, n. 170; Ducruet, n. 14 *bis;* Forbs, *Précis sur la transcrip.*, n. 45; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 61-62, texte et note 23, 5e édit., p. 87, texte et note 23. — V. dans le même sens, pour le cas de conflit entre une vente et une saisie immobilière transcrites le même jour, Paris, 9 fév. 1877, S., 77. 2. 55, D. P., 77. 2. 74. — Bourges, 12 déc. 1887, S., 88. 2. 59, D. P., 88. 2. 298. — Bordeaux, 3 mai 1888, S., 90. 2. 100, D. P., 90. 2. 4. — Req., 18 déc. 1888, S., 89. 1. 64, D. P., 89. 1. 185.

que les énonciations de ce registre engendrent une présomption légale, sauf la preuve du contraire [1].

Nous nous trouvons ainsi avoir réfuté à l'avance l'opinion de Mourlon qui donne la préférence à l'acte d'acquisition inscrit le premier sur le registre des transcriptions [2]. Cette opinion ne peut se concilier avec le but de l'art. 2200.

D'après quelques auteurs, on doit, dans notre hypothèse, préférer celui des deux acquéreurs dont le titre a le premier reçu date certaine, et, si leurs titres ont reçu date certaine le même jour, celui qui est en possession [3]. Cette solution est inadmissible, car elle aurait pour résultat de faire entrer dans l'examen que le législateur de 1855 a voulu proscrire [4].

Pour d'autres auteurs, la question qui nous occupe est simplement une question de fait. Le juge devrait donc la résoudre d'après les circonstances de la cause, et il pourrait, par exemple, tenir compte de l'ordre dans lequel les deux actes ont été inscrits sur le registre des transcriptions [5]. Mais, à notre avis, il résulte de l'art. 2200 qu'il s'agit d'une question de droit.

399. Si la transcription d'un acte d'acquisition et l'inscription d'une hypothèque ont eu lieu le même jour, il faut se prononcer comme dans la précédente hypothèse et décider, par suite, qu'on doit s'en tenir aux énonciations du registre des dépôts [6]. D'ailleurs cette considération que les transcriptions et les inscriptions sont opérées sur des registres différents ne peut, à nos yeux, avoir aucune importance, puisque nous

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, etc., III, n. 2076.

(2) Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 477 s., et *Transcription*, II, n. 386; Verdier, I, n. 386-387, p. 644-659. — Orléans, 4 mars 1896, précité.

(3) Bressolles, n. 45; Rivière et Huguet, n. 203 et 204.

(4) Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 62, note 23, 5e édit., p. 87, texte et note 23.

(5) Troplong, n. 192 s.

(6) *Sic* Flandin, II, n. 925; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 62, texte et note 24, 5e édit., p. 88, texte et note 24; Mérignhac, *Tr. des contr. relatifs à l'hyp. lég. de la femme mariée*, n. 66; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, etc...., III, n. 2073-2076, p. 320-323; Guillouard, *Tr. des priv. et hyp.*, III, n. 1890 s.; Huc, XIII, n. 318, p. 394. — Trib. civ. d'Arras, 5 juil. 1860, S., 60. 2, 481. — Trib. civ. de Forcalquier, 30 déc. 1880, S., 81. 2. 47, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 987. — Paris, 15 mai 1900, D. P., 1901. 2 287, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 29.

estimons, pour le cas où il y a conflit entre deux transcriptions faites le même jour, que c'est au registre des dépôts, et non pas à celui des transcriptions, qu'il faut se référer.

On a proposé plusieurs autres systèmes. Selon certains auteurs, les juges auraient, dans notre cas, un pouvoir souverain d'appréciation ; il leur appartiendrait donc de résoudre la difficulté d'après les circonstances de la cause (1). Mais ici, comme dans la précédente hypothèse, l'art. 2200 exclut cette solution.

Encore moins peut-on se ranger à l'opinion d'un auteur qui prétend que l'on doit toujours donner la préférence à l'acquéreur parce que la loi de 1855 poursuit le dégrèvement de la propriété foncière (2). Cette loi n'a point une pareille portée. Elle organise simplement une publicité et protège ceux qui remplissent les formalités prescrites pour la conservation de leurs droits.

On ne peut pas admettre davantage avec d'autres auteurs qu'il faille nécessairement préférer le créancier, par le motif que la transcription ne produit d'effet qu'à partir du lendemain du jour où elle a été opérée (3), car l'art. 6 de la loi de 1855 déclare formellement qu'*à partir de la transcription,* les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des art. 2123, 2127 et 2128, ne peuvent plus prendre utilement inscription.

Enfin, on a proposé de donner la préférence à celui dont le titre a reçu le premier date certaine (4). Mais un pareil système est inadmissible sous l'empire d'une législation qui exige une certaine publicité pour que les actes dont il s'agit soient opposables aux tiers.

(1) Mourlon, II, n. 519; Troplong, n. 519; Verdier, I, n. 389, p. 660. — Trib. civ. de Die, 17 juin 1868, S., 69. 2. 153, D. P., 69. 3. 91. — Bastia, 12 déc. 1881, S., 83. 2. 9, D. P., 82. 2. 194. — Cpr. Nancy, 16 mai 1894, S., 94. 2. 191, D. P., 96. 2. 305 (note de M. de Loynes).

(2) Bressolles, n. 85.

(3) Fons, n. 54; Ducruet, n. 14 *bis;* Sellier, n. 225; Jalouzet, *Rev prat.,* 1881, L, p. 539 s. — Trib. civ. de Bagnères-de-Bigorre, 24 fév. 1859, S., 60. 2. 427.

(4) Bressolles, *loc. cit.;* Godoffre, *Journ. des avoués,* LXXX, p. 665.

4° Des personnes non-recevables à se prévaloir du défaut de transcription.

400. Si l'aliénation à titre onéreux d'un immeuble n'est opposable aux tiers qu'à la condition d'avoir été transcrite, elle vaut, au contraire, dès avant la transcription, à l'égard de l'aliénateur. La loi de 1855 a donc laissé subsister intact le principe du Code civil en ce qui concerne la translation de la propriété entre les parties. Relativement à elles, la propriété des immeubles continue à être transférée par le seul effet du consentement (1).

Il en résulte cette conséquence très importante que le vendeur n'est pas admis à se prévaloir du défaut de transcription à l'encontre des tiers auxquels l'acquéreur a conféré des droits sur l'immeuble et qui ont rempli les formalités exigées par la loi pour la conservation de ces droits. Puisque, en effet, l'acquéreur, dans ses rapports avec le vendeur, est devenu propriétaire, il a pu, au regard de ce dernier, disposer valablement de l'immeuble.

On a cependant prétendu que, même au point de vue de son intérêt, le vendeur demeurait, jusqu'à la transcription, propriétaire à l'égard des tiers, par conséquent à l'égard de ceux qui contractaient avec l'acquéreur (2). Cette opinion est inadmissible. Elle méconnaît le but qu'a poursuivi le législateur en prescrivant la transcription. Ce but a été uniquement de protéger les tiers qui traiteraient avec l'aliénateur dans l'intervalle de l'aliénation à la transcription. L'art. 3 de la loi de 1855 dit simplement que, jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énumérés dans les art. 1 et 2 *ne peuvent être opposés aux tiers* qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en remplissant les formalités légales. On substitue à ces expressions une formule bien plus générale : on fait dire à la loi que, jusqu'à la transcription, les droits dont il s'agit ne peuvent produire aucun effet au regard des tiers, même un effet qui leur serait utile. Evidemment, c'est travestir la pensée du législateur. Au surplus la loi de 1855 a pour objet d'organiser la publicité de la

(1) Bordeaux, 30 novembre 1891, D. P , 93. 2. 207.
(2) Pont, *Privil. et hyp.*, I, n. 261.

constitution ou de la transmission de certains droits. C'est dire que les personnes qu'elle protège seraient exposées, sans l'accomplissement de la transcription, à ignorer les actes qu'elle vise. Mais est-il possible que le vendeur ignore la vente parce qu'elle n'a pas été transcrite (1) ?

401. La transcription ayant pour but de protéger les tiers et non pas le propriétaire, le possesseur de bonne foi qui a un juste titre peut prescrire par dix à vingt ans, bien que ce titre n'ait pas été transcrit. On peut, au surplus, invoquer d'autres arguments à l'appui de cette solution. Mais nous n'avons pas à les examiner (2).

402. Si l'acquéreur devient propriétaire indépendamment de la transcription à l'égard de l'aliénateur, il le devient par cela même à l'égard des héritiers de celui-ci, sans qu'il y ait à distinguer entre les héritiers purs et simples et les héritiers bénéficiaires (3). Pas plus, en effet, ceux-ci que ceux-là ne sont des *tiers* dans le sens de la loi de 1855, puisque cette qualité n'appartient qu'aux personnes qui ont acquis des droits sur l'immeuble envisagé en lui-même et les ont conservés en remplissant les formalités prescrites par la loi.

Toutefois, si quelqu'un, après avoir vendu un de ses immeubles à un étranger, le vendait de nouveau à un de ses héritiers, ce dernier, s'il n'acceptait la succession du vendeur que sous bénéfice d'inventaire, pourrait certainement, à condition qu'il eût satisfait en ce qui le concerne aux exigences de la loi de 1855, opposer le défaut de transcription de la première vente; car, par l'effet du bénéfice d'inventaire, l'héritier conserve ses droits contre la succession; il a donc, à l'égard de celle-ci, la qualité de tiers (4).

(1) Flandin, II, n. 839; Troplong, n. 48, 144, 164 et 165; Duvergier, *De l'effet de la transcr.*, Demolombe, XXIV, n. 449 à 453; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 309, texte et note 85, 5e édit., p. 460, texte et note 85; Verdier, I, n. 305, 306, 326.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescr.*, n. 674.

(3) Flandin, II, n. 840 et 841; Mourlon, II, n. 421, 435 et 436; Troplong, n. 145 et 158; Demolombe, XXIV, n. 454; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 310, 5e édit., p. 461; Verdier, I, n. 330-332, p. 555-557.

(4) *Sic* Demolombe, XXIV, n. 455; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 310, texte et note 88, 5e édit., p. 461 *in fine*, texte et note 88. — *Contra* Flandin, II, n. 842 et 843.

403. Les créanciers chirographaires de l'aliénateur ou des précédents propriétaires, n'ayant aucun droit sur l'immeuble, ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. Au surplus, M. de Belleyme, dans le rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi, a expliqué qu'en ajoutant à l'art. 3 ces mots « *qui ont des droits sur l'immeuble* », cette commission avait « voulu écarter la prétention des créanciers chirographaires qui auraient pu vouloir opposer le défaut de transcription ». « Ce droit, a-t-il déclaré, leur est refusé » (1).

404. Les créanciers chirographaires d'une succession, alors même que celle-ci a été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou déclarée vacante, ne peuvent exciper du défaut de transcription des actes d'aliénation consentis par le défunt. Ni l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ni la déclaration de vacance ne sont de nature à leur donner la qualité de tiers.

Mais, quand les créanciers chirographaires d'une succession ont demandé la séparation des patrimoines et qu'ils ont pris inscription en vertu de l'art. **2111**, peuvent-ils exciper du défaut de transcription des actes d'aliénation consentis par le défunt? La solution de la question dépend du parti que l'on prend sur le point de savoir si la séparation des patrimoines constitue un véritable privilège ou si elle engendre simplement un droit de préférence. C'est dans le commentaire de l'art. **2111** qu'il convient d'étudier cette difficulté (2).

405. Les personnes qui font saisir un immeuble de leur

(1) S., *Lois annotées*, 1855, p. 28, 3e col. *in fine*, n. 8. — Bressolles, n. 47; Flandin, II, n. 848; Mourlon, II, n. 434; Troplong, n. 146; Colmet de Santerre, V, 56 *bis*-V; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 311, 5e édit., p. 463; Demolombe, XXIV, n. 456. — V. sur cette question Planiol, I, n. 1413-1419, 2e édit., n. 1352-1358, 3e édit., n. 2620-2624.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des priv. et hyp., etc.*, I, n. 871-872, p. 758-764. — Les créanciers de la succession, qui demandent la séparation des patrimoines, peuvent-ils, en supposant que le délai de six mois ne soit pas expiré, prendre utilement inscription en vertu de l'art. 2111, après la transcription des aliénations d'immeubles héréditaires consenties par les héritiers, ou sont-ils forclos dès que ces aliénations ont été transcrites? Ici encore il faut se prononcer différemment suivant que l'on voit ou non dans la séparation des patrimoines un véritable privilège. — Consultez Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, I, n. 869, p. 756, 2e édit.

débiteur peuvent-elles se voir opposer un acte de vente qui n'a pas été transcrit avant la transcription de la saisie? Faut-il distinguer suivant que la vente non transcrite est antérieure ou postérieure à la saisie? La solution doit-elle être la même que les saisissants soient des créanciers chirographaires ou des créanciers hypothécaires? Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ces questions, qui sont controversées (1). Nous indiquerons simplement que la cour de cassation reconnaît aux créanciers hypothécaires le droit d'exciper du défaut de transcription (2) et qu'elle le refuse aux créanciers chirographaires (3).

406. Supposons plusieurs acquéreurs du même aliénateur dont aucun n'a fait transcrire son titre. A peine est-il besoin de dire qu'ils ne pourront pas s'opposer réciproquement le défaut de transcription. Il s'ensuit qu'entre eux la question de préférence sera réglée d'après les dates des actes.

Il faut remarquer que la transcription opérée après l'introduction de l'instance est inefficace, car le jugement, étant simplement déclaratif, doit se fonder sur l'état de choses existant au moment où la demande a été formée.

407. Il va également de soi que les divers ayants cause d'un même acquéreur ne peuvent pas se prévaloir les uns contre les autres du défaut de transcription du titre de leur auteur commun. Ici, en effet, il n'y a aucune raison pour favoriser les uns plutôt que les autres.

b. *Objets mobiliers corporels.*

408. On ne pouvait songer à soumettre les aliénations de meubles corporels à la transcription. Cette formalité n'a de raison d'être qu'autant qu'elle peut produire une publicité sérieuse et efficace; or, appliquée aux aliénations de meubles, elle n'aurait nullement atteint ce but, soit parce que l'infinie variété des objets mobiliers n'eût pas permis aux tiers qui auraient eu connaissance de la transcription de savoir d'une

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n. 2015-2017, p. 272-277.

(2) Req., 25 juil. 1877, S., 77. 1. 441 (*Note* de Labbé dans le même sens, mais pour des raisons différentes), D. P., 78. 1. 49 (*Note* de Beudant, en sens contraire). — Req., 18 déc. 1888, S., 89. 1. 64, D. P., 89. 1. 185. — V. dans le même sens Caen, 23 février 1866, S., 67. 2. 236.

(3) Civ. cass., 31 août 1881, S., 82. 1. 248, D. P., 82. 1. 17.

manière précise à quel objet s'applique l'aliénation qu'elle aurait relatée, soit parce que les meubles, n'ayant pas d'assiette fixe, il eût été impossible de déterminer, comme on l'a fait pour les immeubles, un lieu immuable, où la transcription devrait être effectuée et où les tiers devraient prendre leurs renseignements. La transcription écartée, on ne voit pas quelle mesure de publicité on aurait pu lui substituer. D'ailleurs, l'intérêt du commerce exige la libre et rapide circulation des meubles, et on l'aurait entravée en soumettant leur aliénation à une formalité quelconque en vue d'en assurer la publicité. Ces motifs justifient surabondamment la règle que l'aliénation des objets mobiliers corporels devient efficace au regard de tous, par conséquent à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties, par le seul effet de la convention.

409. Ainsi, entre deux acquéreurs successifs du même objet mobilier corporel, on préfère celui dont le titre est antérieur en date; toutefois, en vertu de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* l'acquéreur dont le titre est postérieur l'emporte, s'il a été le premier mis en possession réelle et s'il a été de bonne foi lors de son entrée en possession. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 1141 ainsi conçu : « *Si la* » *chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux per-* » *sonnes successivement, est purement mobilière, celle des* » *deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et* » *en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur* » *en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne* » *foi* ». Cette disposition, disons-nous, est une application de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.* C'est bien ce qui résulte des explications fournies par Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs :* « La bonne foi de cet acquéreur [du second acquéreur], dit-il, la nécessité de maintenir la circulation libre des objets mobiliers, la difficulté de les suivre et de les reconnaître dans la main des tierces personnes, ont dû faire donner la préférence à celui qui est en possession, quoiqu'il y ait un titre antérieur au sien » (1). Mais n'est-ce

(1) Locré, XII, p. 328, n. 36; Fenet, XIII, p. 231. — Le tribun Favard a exprimé la même idée en ces termes : « Le principe est fondé sur ce que les meubles n'ont

pas identiquement de la même façon que se justifie la disposition de l'art. 2279 (1)?

410. L'art. **1141** n'est applicable que si celui qui l'invoque est en possession réelle. Cela ne suppose pas qu'il doit avoir saisi matériellement la chose. Il a certainement la possession dont nous parlons dès que la chose est absolument à sa disposition, par exemple lorsqu'on lui a remis les clefs du local où elle se trouve (art. **1606**), ou lorsqu'il a préposé une personne à la garde de cette chose, ou encore lorsque celle-ci a été placée parmi des objets qui lui appartiennent. Dans certains cas même, le simple consentement du vendeur peut lui donner la possession réelle : c'est ce qui arrive lorsque la chose était *déjà en son pouvoir à un autre titre* (même art.) (2). Mais il ne suffit pas qu'il ait obtenu la délivrance sans avoir été mis en possession *réelle :* ce qui arriverait, par exemple, si la délivrance résultait d'un *ordre de livraison* non encore exécuté (3).

Suffit-il que l'acheteur appose sa marque sur le meuble vendu pour qu'il soit en possession réelle? Cela dépend : Si la marque est assez apparente pour qu'il en résulte aux yeux des tiers une mainmise non équivoque, oui. Dans l'hypothèse contraire, non (4).

Mais l'acheteur d'un meuble n'est pas admis en possession réelle quand il est convenu, au moment de la vente, que le vendeur gardera la chose à titre de dépositaire, de locataire ou d'emprunteur. Alors, en effet, le changement qui s'opère

pas de suite et sont censés appartenir à celui qui les possède, s'il n'est pas prouvé que sa possession est fondée sur le dol, la fraude ou la mauvaise foi ». Locré, XII, p. 432, n. 33; Fenet, XIII, p. 322. — Cpr. l'*Exposé des motifs*, sur l'art. 2279; Locré, XVI, p. 586, n. 44; Fenet, XV, p. 600.

(1) V. les autorités *infra*, sous le n. 414.

(2) Demolombe, XXIV, n. 480; Larombière, I, p. 519 (art. 1141, n. 9); Laurent, XXIV, n. 165.

(3) La solution serait la même si l'aliénateur du meuble avait simplement remis à l'acquéreur une facture ou une lettre de voiture, car on ne peut voir dans une facture que la preuve du marché et dans une lettre de voiture qu'un titre contre le voiturier. Demolombe, XXIV, n. 475; Larombière, I, p. 520 (art. 1141, n. 11).

(4) Duranton, XVI, n. 96; Demolombe, XXIV, n. 478; Larombière, I, p. 522, (art. 1141, n. 13). — Sur l'art. 1606, V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente et de l'échange*, n. 294-295.

dans la possession n'est pas apparent pour les tiers [1].

411. De plus, la loi exige que sa possession *soit de bonne foi*. Cette condition est remplie quand l'acquéreur ignore que le vendeur a précédemment aliéné au profit d'une autre personne le meuble dont il s'agit et que, par suite, il n'en est plus propriétaire. Il faut et il suffit que la bonne foi de l'acquéreur ait existé *lors de son entrée en possession*. Il importerait peu qu'il devînt de mauvaise foi plus tard par la découverte d'une aliénation antérieure à la sienne. En effet, sa prise de possession accompagnée de sa bonne foi l'a rendu propriétaire, et, pour qu'il pût cesser de l'être par suite de la perte de sa bonne foi, il faudrait une disposition législative qui n'existe pas.

Mais il ne suffirait pas qu'il eût été de bonne foi au moment de l'acquisition, car, dans ce cas, on ne peut pas dire que la possession a été de bonne foi, comme l'exige le texte même de l'art. 1141. Au surplus, nous le rappelons, cet article n'est qu'une application de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre ;* or il résulte bien de l'art. 2279 que, pour invoquer cette maxime, il faut posséder de bonne foi [2].

412. En résumé, l'acquéreur d'un objet mobilier corporel en devient propriétaire à l'égard de tous par le seul effet du consentement, mais sauf l'application de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre*. Il pourra donc revendiquer contre tous ceux qui ne peuvent pas invoquer cette maxime, c'est-à-dire : 1° contre un acquéreur de mauvaise foi ; 2° contre tout possesseur, même de bonne foi, si la chose est sortie des mains de l'aliénateur par perte ou par vol. Toutefois, dans ce dernier cas, il ne pourrait agir que pendant trois ans. Art. 2279, al. 2.

413. Il pourrait même revendiquer contre les créanciers chirographaires du vendeur, s'ils faisaient saisir le meuble vendu. Les créanciers chirographaires n'ont qu'un droit de

(1) Demolombe, XXIV, n. 481 ; Larombière, I, p. 362 (art. 1141, n. 9 *in fine*) ; Laurent, XXIV, n. 166.

(2) *Sic* Demolombe, XXIV, n. 475 ; Laurent, XVI, n. 368 ; de Folleville, *Possession des meubles*, n. 29, *Rev. prat.*, 1868, XXVI, p. 122. — *Contra* Larombière, I, p. 517 et 524 (art. 1141, n. 6 *in fine* et 16).

gage général et imparfait sur le patrimoine de leur débiteur, et ce droit ne peut survivre aux aliénations consenties par ce dernier (1).

414. Cependant l'art. **1141** n'est pas interprété ainsi par tous les auteurs. Suivant quelques-uns d'entre eux, il signifierait que l'acquéreur d'un objet mobilier corporel en devient propriétaire par le seul effet du consentement dans ses rapports avec l'aliénateur, mais seulement par la *tradition* dans ses rapports avec les tiers. La tradition jouerait donc ici un rôle analogue à celui de la transcription. Mais, s'il en était ainsi, on ne s'expliquerait pas la condition de la *bonne foi* prescrite par l'art. **1141** : quel motif y avait-il, en effet, de l'exiger pour la tradition quand on ne l'exigeait pas pour la transcription ? On se l'explique fort bien, au contraire, si l'on rattache, comme nous l'avons fait avec la majorité des auteurs, l'art. **1141** à l'art. **2279**. Il faut la bonne foi parce qu'elle est une des deux conditions nécessaires pour qu'on puisse invoquer la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.*

On a prétendu que la condition de la bonne foi s'expliquait tout autrement. Elle est requise, a-t-on dit, non pas pour que l'acquéreur mis en possession devienne propriétaire, mais bien, suivant l'expression dont se sert l'art. **1141** lui-même, pour que cet acquéreur *demeure* propriétaire. C'est qu'en effet, lorsqu'il n'est pas de bonne foi, l'action paulienne peut être exercée contre lui, puisqu'il est alors complice de l'aliénateur ! Mais si, dans cette hypothèse, il peut être exproprié au moyen de l'action paulienne, c'est donc que la tradition l'a rendu propriétaire à l'égard des tiers, notamment à l'égard de l'autre acquéreur, et que celui-ci, au contraire, n'est pas devenu propriétaire à l'égard des tiers par l'effet de la convention.

Il est bien facile de réfuter cet argument. Deux conditions sont indispensables pour que l'action paulienne puisse réus-

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 57 *bis*-IV ; Larombière, I, p. 527 (art. 1141, n. 18) ; Demolombe, XXIV, n. 472 ; Laurent, XVI, n. 370, p. 435 ; Thiry, II, n. 628, p. 608. — Civ. rej., 24 juin 1845, S., 46. 1. 551, D. P., 45. 1. 308. — Douai, 5 fév. 1848, S., 48. 2. 742, D. P., 49. 2. 42. — Dijon, 27 juin 1864, S., 64. 2. 183. — *Contra* Toullier, VII, n. 36 ; Duvergier, *Vente*, I, n. 37 ; Troplong, *Vente*, I, n. 42.

sir : il faut que l'acte attaqué ait fait naître ou ait augmenté l'insolvabilité du débiteur ; il faut également que celui-ci ait connu le véritable état de ses affaires au moment où il accomplissait l'acte préjudiciable à ses créanciers. Or, dans le cas visé par l'art. 1141 *in fine*, ni l'une ni l'autre de ces conditions ne sont exigées pour que le premier acquéreur l'emporte sur le second. Il suffit que la possession de celui-ci ne soit pas de bonne foi. Cela suppose bien qu'il s'agit ici de l'action en revendication et non pas de l'action paulienne et que, par suite, le premier acquéreur est devenu, par le simple effet de l'aliénation consentie à son profit, propriétaire à l'égard des tiers (1).

Il existe, il est vrai, une troisième explication, celle donnée par Huc : Si la loi, dit cet auteur, exige que la possession du second acquéreur soit de bonne foi, c'est parce que, dans le cas où un concert frauduleux est organisé entre cet acquéreur et le vendeur dans le but de dépouiller le premier acquéreur, il faut, en vertu des principes généraux, que celui-ci soit indemnisé et qu'à titre de réparation la propriété soit reconstituée sur sa tête. « Or, d'après l'art. 711, cette reconstitution du domaine a lieu par l'effet seul de l'obligation ».

Mais n'est-il pas évident que, sans avoir colludé avec le vendeur, le second acquéreur peut être de mauvaise foi ? N'en est-il pas ainsi par cela seul qu'il a eu connaissance de la première vente ? Sans doute, entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, celui qui a fait transcrire le premier

(1) *Sic* Duranton, X, n. 431 ; Marcadé, IV, n. 489 ; Duvergier, *De l'effet de la transcription*, etc., n. 28, p. 24 ; Rivière, *Rev. de législ.*, 1851, III, p. 311 s. ; Colmet de Santerre, V, n. 57 *bis*-III ; Larombière, I, p. 527 (art. 1141, n. 18) ; Demolombe, XXIV, n. 468-469 ; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 56, texte et note 7, 5e édit., p. 79, texte et note 7 ; Laurent, XVI, n. 365-366 ; Vigié, II, n. 1297, p. 585 ; Planiol, *op. cit.*, I, 1re édit., n. 1369, p. 478, *in fine*, et 479, 2e édit., n. 2598, 3e édit., n. 1311. — Bourges, 25 janv. 1841, S., 41. 2. 624, D. *Rép. alph.*, vo *Vente*, n. 178-2o. — Civ. rej., 24 juin 1845 et Douai, 5 fév. 1848, précités. — *Contra* Toullier, VII, n. 35-36 ; Duvergier, *Vente*, I, n. 37 ; Renaud, *Rev. de législ.*, 1845, II, p. 81 ; Thiry, II, n. 628, p. 606-608 ; Hureaux, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1846, III, p. 772 s., n. 35 à 39 ; Huc, *Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse*, XII, p. 286, et *Comment. th. et prat. du C. civ.*, VII, n. 124-129, p. 179-187. — V. aussi Paris, 13 déc. 1809, D., *Rép. alph.*, vo *Vente*, n. 177-2o ; 31 mai 1818, D., *op.* et vo *cit.*, n. 177-3o. — Rennes, 23 nov. 1846, S., 47. 2. 402.

doit être préféré, alors même qu'il aurait connu l'aliénation consentie antérieurement au profit de l'autre acquéreur. Mais aucune disposition législative n'exige quant à lui la condition de la *bonne foi*. La transcription doit donc lui assurer la préférence, à moins qu'il n'ait colludé avec le vendeur et qu'on ne puisse, en conséquence, lui appliquer ce principe général : « La fraude fait exception à toutes les règles » (1). Dans notre cas, il n'en est point de même. Le second acquéreur d'un meuble ne l'emporte sur le premier que si sa possession est *de bonne foi :* la loi est formelle.

Huc estime que son opinion trouve un solide appui dans les explications que donne Bourjon relativement à la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.* Dans l'ancien droit, dit-il, cette règle avait deux significations : En ce qui concerne les acquéreurs de meubles, elle leur attribuait la propriété comme conséquence de la possession, et, en ce qui concerne les aliénateurs de meubles, elle voulait qu'ils ne fussent dessaisis de la propriété, *même à l'égard de leurs créanciers ordinaires,* que par la tradition. Or, ajoute Huc, les rédacteurs du Code, en adoptant cette règle, se sont inspirés de Bourjon ; il ont donc conservé à la vieille maxime la double signification que nous venons d'indiquer (2). Cette dernière proposition est des plus téméraires. Que les auteurs du Code civil se soient, dans la disposition de l'art. 2279, inspirés de Bourjon, c'est incontestable ! mais ce n'est pas une raison pour que le domaine de la règle qu'ils lui ont empruntée ne se trouve pas réduit par le nouveau principe écrit dans l'art. 1138. Au surplus, Huc lui-même reconnaît qu'il en est ainsi : Bourjon décidait, par application de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* que les créanciers du vendeur d'un meuble pouvaient, nonobstant la vente, faire saisir et vendre la chose sur la tête de leur débiteur, s'il était demeuré en possession (3). Et c'était logique ! Vainement eût-on objecté

(1) V. *supra,* n. 396.

(2) *Comment. théor. et prat. du C. civ.,* VII, n. 128, p. 186.

(3) *Le principe fondamental de cette matière est que, par rapport aux meubles, la possession d'iceux vaut titre de propriété;* ainsi le déplacement y est bien important. De là il s'ensuit que chacun est présumé propriétaire des meubles qu'il

que les créanciers du vendeur avaient été représentés par celui-ci dans l'acte, puisque le vendeur lui-même demeurait propriétaire jusqu'à la tradition. Cela n'empêche pas Huc de décider que, sous l'empire du Code civil, la solution contraire doit être admise (1). Et sa décision aussi est logique, puisque, de l'avis de tous les auteurs, le simple consentement suffit aujourd'hui pour opérer le transfert de la propriété, notamment de la propriété mobilière entre les parties! Il est donc certain que la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* n'a pas aujourd'hui la même portée que dans notre ancien droit. L'argument historique de Huc a le défaut de prouver beaucoup trop.

415. L'art. **1141** vise exclusivement le cas où il y a concours de deux acquéreurs successifs du même objet mobilier. Mais il se peut que le conflit s'élève entre l'acheteur d'un meuble et un créancier auquel, postérieurement à la vente, ce meuble a été donné en gage. Il convient certainement d'étendre à cette hypothèse et à toute autre analogue la solution de l'art. **1141**, car cette solution n'est qu'une application du principe général écrit dans l'art. **2279**. Le créancier gagiste devra donc être préféré, s'il est en possesion réelle. (Art. **2076** (2).

416. L'art. **1141** ne concerne pas les meubles incorporels. Cela résulte de sa disposition même, car les créances, sauf quand elles revêtent la forme de titres au porteur (3), ne peuvent pas faire l'objet d'une possession réelle. De plus, l'art. **2279**, dont l'art. **1141** est le corollaire, est étranger aux meubles incorporels. En effet, d'une part, les créances ne sont

possède et que, par conséquent, ils peuvent être valablement saisis et exécutés sur celui qui les possède : première conséquence qui résulte du principe qu'on vient de poser... Du même principe, il s'ensuit qu'un contrat de vente, quoique authentique, mais sans déplacement des meubles, est insuffisant pour fonder en faveur de l'acheteur une demande en revendication et que *la saisie sur le vendeur de tels meubles, quoique vendus par le possesseur, mais sans déplacement, est bonne, encore que le contrat de vente soit antérieur à icelle; seconde conséquence qui naît du même principe* ». *Le droit commun de la France*, liv. VI, tit. VIII, ch. III, sect. 1, n. 1 et 2 (t. II, p. 692).

(1) *Op. cit.*, VII, n. 125, p. 181-182.

(2) Larombière, I, p. 518 (art. 1141, n. 7); Demolombe, XXIV, n. 485.

(3) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescr.*, n. 841.

pas susceptibles d'être revendiquées, et, par conséquent, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* ne peut pas être opposée en ce qui les concerne. D'autre part, les motifs de cette règle font défaut quant à elles (1).

417. Nous ferons la même remarque pour les universalités de meubles. Ce sont là des choses incorporelles et auxquelles, par conséquent, ne sont applicables ni l'art. **1141**, ni l'art. **2279**. Mais, bien entendu, cette circonstance que des objets mobiliers font partie d'une succession, n'empêche pas que la personne qui les possède puisse invoquer les dispositions de ces deux textes, si elle ne prétend pas avoir droit à l'universalité ou à une quote-part de la succession (2).

c. *Créances.*

418. Aux termes de l'art. **1690** : « *Le cessionnaire* [*d'une* » *créance*] *n'est saisi à l'égard des tiers que par la significa-* » *tion du transport faite au débiteur. — Néanmoins le ces-* » *sionnaire peut être également saisi par l'acceptation du* » *transport faite par le débiteur dans un acte authentique* ».

Il résulte notamment de ce texte qu'entre deux acquéreurs successifs de la même créance, on préfère celui qui le premier a signifié le transport (la cession) au débiteur cédé, ou qui le premier a obtenu l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique. Nous renvoyons les développements au siège de la matière (3).

II. *Des risques.*

419. Le mot *risques* désigne, dans le langage du droit, un danger, un péril d'une nature particulière, celui que fait cou-

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 840.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 839.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 767 s. — Les règles que nous venons d'exposer sur la translation de la propriété à l'égard des tiers constituent le droit commun. Elles reçoivent exception dans certains cas particuliers en vertu de textes spéciaux. Ainsi la cession totale ou partielle des droits résultant d'un brevet d'invention ne devient efficace à l'égard des tiers que par l'enregistrement au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte est passé. L 5 juil. 1844, art. 20. De même la vente d'un navire ne devient opposable aux tiers que par la mutation en douane. L. 17 vendémiaire an II, art. 17 et 18; C. co., art. 193 et 196; L. 6 mai 1841, art. 6.

rir à une personne l'obligation où elle se trouve de supporter les pertes ou détériorations qu'une chose déterminée est exposée à subir par suite d'un cas fortuit ou de force majeure.

On appelle *cas fortuit* ou *de force majeure* tout événement provenant d'une cause étrangère et non imputable au débiteur. Le *fait du prince* est un cas fortuit d'une nature particulière, résultant d'un acte arbitraire du pouvoir ou d'un changement de législation [1].

420. Il va de soi que la perte fortuite d'une chose qui ne fait l'objet d'aucun contrat ne peut être que pour celui à qui cette chose appartient. La question des risques ne peut se présenter que pour les choses qui font l'objet d'une obligation et particulièrement d'une obligation de donner : encore faut-il supposer qu'il s'agit d'un corps certain. Voici donc le sens de la question : en supposant que le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, vienne à périr ou à se détériorer par un cas fortuit ou de force majeure avant que l'obligation n'ait été exécutée, pour qui sera la perte ou la détérioration ? Pour le créancier ? Ou pour le débiteur ? En d'autres termes, aux risques de qui la chose est-elle ? La loi répond : aux risques du créancier. « Elle [l'obligation de livrer] rend le » créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès » l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition » n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en » demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques » de ce dernier ». Art. **1138**, al. **2**. Nous savons que les mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée* signifient : *dès l'instant où la livraison a été due,* c'est-à-dire *du jour du contrat,* et cela même quand un terme a été stipulé pour la livraison. Le terme n'empêche donc pas les risques d'être immédiatement pour le compte du créancier.

421. Il faut remarquer immédiatement que la question des risques n'est nullement résolue par le principe traditionnel écrit dans l'art. **1302** et d'après lequel le débiteur est libéré quand la chose due périt par cas fortuit. Ce principe, en effet, laisse entière la question de savoir si, en supposant qu'il

[1] V. *infra,* n. 455.

s'agit d'un contrat synallagmatique, le débiteur ainsi libéré peut néanmoins exiger la contre-prestation qu'il a stipulée, par exemple si le vendeur libéré par la perte fortuite de la chose vendue a le droit de réclamer le paiement du prix. Or, c'est sur ce point qu'il faut se prononcer pour déterminer quel est celui des deux contractants qui doit supporter les risques (1).

422. Il s'ensuit qu'en réalité, dans les contrats unilatéraux, on n'a pas à soulever la question des risques. Incontestablement, si, dans un contrat de cette nature, la chose périt par cas fortuit, le débiteur est absolument libéré. Il ne peut être tenu de livrer la chose qui a péri : A l'impossible nul n'est tenu. Il n'est pas davantage obligé d'indemniser le créancier à raison de cette perte, puisque nous supposons qu'elle a eu lieu par cas fortuit et qu'il a rempli son obligation de conserver la chose. Mais ce n'est là qu'une application de la règle écrite dans l'art. 1302.

423. Ainsi, à proprement parler, la question des risques ne se pose qu'à propos de contrats synallagmatiques, car c'est seulement dans des contrats de cette nature que peuvent se rencontrer l'obligation de donner et une obligation corrélative.

Eh bien! dans les contrats synallagmatiques, le cas fortuit qui a fait périr la chose, objet de l'obligation de donner, libère le débiteur de cette obligation, c'est incontestable. Mais libère-t-il aussi le créancier de l'obligation corrélative à

(1) Cette distinction a été perdue de vue par certains commentateurs du Code civil. V. notamment Demolombe, XXIV, n. 424 *in fine;* Laurent, XVI, n. 206. — C'est d'autant plus étonnant que Pothier, au contraire, la formulait de la façon la plus nette : « C'est, dit-il, un principe établi au titre du Digeste *De peric. et comm. rei vend.* qu'aussitôt que le contrat de vente est parfait, la chose vendue devient aux risques de l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas encore été livrée; de manière que si, pendant ce temps, elle vient à périr sans la faute du vendeur, le vendeur devient quitte de son obligation, et l'acheteur n'est pas, pour cela, quitte de la sienne, et n'est pas moins obligé de payer le prix convenu. — Que le vendeur soit quitte de son obligation, lorsque la chose vendue est périe sans sa faute, *c'est une conséquence d'un autre principe,* que toute obligation d'un corps certain s'éteint lorsque la chose cesse d'exister. Ce principe est pris dans la nature même des choses; car la chose due étant le sujet de l'obligation, il s'ensuit que, lorsqu'elle cesse d'être, l'obligation ne peut plus subsister, ne pouvant subsister sans sujet ». *Vente,* n. 308, al. 1 et 2. — V. Saleilles, *op. cit.,* n. 181; Huc, VII, n. 105-106.

laquelle il s'est soumis ? Le législateur, on vient de le voir, résout la question en ces termes : « Elle (l'obligation de livrer) rend le créancier propriétaire *et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée...* ». Mais comment faut-il interpréter cette disposition ? Le créancier supporte-t-il les risques à raison de sa qualité même de créancier ? N'est-ce pas plutôt parce qu'il devient propriétaire et, par conséquent, dans le cas seulement où il devient propriétaire, que les risques sont à sa charge ?

Avant d'étudier ce problème, nous ferons observer que, s'il est d'une grande importance au point de vue de l'application des principes, il ne présente guère qu'un intérêt théorique. Il revient, en effet, à ceci : les risques cesseraient-ils d'être à la charge de l'acheteur si, par une clause dont la validité ne serait pas contestable, mais dont la pratique n'offre que de très rares exemples, les parties avaient différé la translation de la propriété jusqu'à la livraison ?

La question est fort délicate. Elle divise les auteurs les plus considérables. Quant à nous, après avoir, dans les deux premières éditions de cet ouvrage, enseigné que les risques incombent au créancier à raison de sa qualité même de créancier, nous croyons, non sans avoir longtemps hésité, devoir nous rallier à l'autre opinion, en d'autres termes admettre que la solution consacrée par le législateur, en ce qui regarde les risques, n'est qu'une application de la maxime *Res perit domino*. Exposons successivement les arguments invoqués dans les deux sens.

D'après le plus grand nombre des auteurs, la perte de la chose due ne libère pas le créancier. L'acheteur, par exemple, alors même que le transfert de la propriété a été différé jusqu'à la livraison, n'est pas libéré par la perte de la chose vendue et non encore livrée.

Il est donc toujours tenu de payer le prix. Dans le contrat de vente, comme dans tous les contrats synallagmatiques, dit-on, une fois que les deux obligations réciproques se sont valablement formées par le consentement des parties, elles deviennent indépendantes l'une de l'autre ; elles acquièrent chacune une existence distincte, et doivent, par conséquent,

être envisagées isolément. Dans notre hypothèse, le vendeur est bien dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. La loi lui fait, en conséquence, l'application de la maxime *A l'impossible nul n'est tenu;* elle le déclare libéré. Art. 1302. Il ne doit même pas de dommages et intérêts à l'acheteur pour le préjudice que celui-ci éprouve, parce que ce préjudice ne résulte pas d'un fait qui lui soit imputable. Le vendeur, par suite de l'obligation de donner qu'il a contractée, était tenu de veiller à la conservation de la chose et de la livrer à l'époque convenue. Nous supposons qu'il a ponctuellement rempli la première obligation; et, quant à la seconde, il se trouve, par suite d'un fait qui lui est étranger, dans l'impossibilité de la remplir. On ne peut donc lui reprocher aucun manquement à ses obligations; il ne saurait, par conséquent, être tenu envers le créancier; il doit être complètement libéré. Mais tout cela est étranger à l'obligation de l'acheteur. De ce qu'il y a impossibilité pour le vendeur de livrer la chose, il n'en résulte pas qu'il y ait impossibilité pour l'acheteur de payer le prix. Celui-ci devra donc exécuter son obligation, puisque l'exécution est possible. Il est vrai que l'art. 1138 parle des risques en même temps que de la translation de propriété; mais il n'établit pas entre ces deux choses un lien de cause à effet. Le législateur dit que l'obligation de livrer produit deux résultats : 1° elle rend le créancier propriétaire; 2° elle met la chose à ses risques. Mais il ne dit pas que le second effet soit une conséquence du premier; il ne dit pas que les risques sont à la charge du créancier *parce qu'il* est devenu propriétaire. En droit romain, l'acheteur n'était pas propriétaire dans l'intervalle qui s'écoulait entre la vente et la tradition. Et cependant les risques étaient pour son compte [1]. Le même principe avait été admis dans notre ancien droit : « Lorsque, dit Pothier, l'obligation du vendeur est éteinte par une des manières naturelles dont les obligations s'éteignent, l'acheteur n'a plus rien à lui opposer pour se défendre d'exécuter de son côté son obligation, qui, ayant été une fois valablement contractée, subsiste toujours et ne

[1] Instit., III, *De empt. et vend.*, tit. XXVII, § 3. — V. Accarias, *op. cit.*, n. 612, p. 305 s.; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 534-537, 3e édit., p. 541 *in fine*, et 544.

peut s'éteindre que par quelqu'une des manières dont s'éteignent les obligations » (¹). Pourquoi supposer que le Code ait innové sur ce point? La décision relative aux risques est une disposition traditionnelle; elle doit donc être interprétée conformément à la tradition. Il est vrai que l'acheteur devient aujourd'hui propriétaire par le seul effet du consentement, et c'était une raison de plus pour que notre législateur mît les risques à son compte; mais ce n'est pas à dire qu'il l'en ait chargé pour cet unique motif.

D'ailleurs, comme le faisaient déjà remarquer les jurisconsultes romains, puisque les bonnes chances sont pour l'acheteur, il est juste que les mauvaises soient aussi pour lui. Si la chose vendue vient à doubler de valeur dans l'intervalle de la vente à la livraison par suite d'une circonstance fortuite, l'acheteur profitera de ce bénéfice sans augmentation de prix. Il doit donc, en sens inverse, le cas échéant, supporter la perte ou les dégradations sans être pour cela déchargé de son obligation totalement ou partiellement. Les deux espèces de chances se compensent, et, par conséquent, la solution consacrée par le législateur n'est pas entachée d'injustice. Pour employer la terminologie du droit romain, puisque le *commodum rei venditæ* est pour l'acheteur, le *periculum rei venditæ* doit être également pour lui (²).

424. L'interprétation contraire s'appuie, nous semble-t-il, sur des raisons plus solides. Et d'abord le sens qui se dégage naturellement de la lecture même de l'art. **1138** est bien que le législateur a voulu établir une corrélation entre la charge des risques et la propriété de la chose : « Elle (l'obligation de livrer) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques... » Il y a là une association d'idées qui est, au surplus, attestée par les travaux préparatoires. Ces paroles de Bigot-Préameneu sont formelles : « Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme

(¹) *Vente*, n. 308 *in fine* (édit. Dupin, II, p. 139 *in fine*).

(²) *Sic* Duranton, X, n. 422; Marcadé, IV, n. 508; Colmet de Santerre, V, n. 58 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 340; Demolombe, XXIV, n. 424; Laurent, XVI, n. 208-209; Thiry, II, n. 629, p. 609 *in medio*. — Cpr. Huc, VII, n. 104-112. — Cette solution est consacrée par le C. civ. néerlandais, bien qu'il subordonne le transfert de la propriété à la tradition. V. son art. 639.

propriétaire aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de propriété, *jus in re :* si donc elle périt par force majeure ou par cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle *res perit domino* » (1). Dans son rapport, Favart exprime la même idée plus brièvement, mais en termes non moins nets : « L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire du moment que le consentement a formé le contrat : *d'où il résulte* que la chose périt pour lui... » (2). N'est-ce pas affirmer d'une façon non équivoque ce lien de cause à effet dont on conteste l'existence?

L'opinion adverse prétend que, dans les contrats synallagmatiques, les obligations réciproques, une fois formées, sont indépendantes l'une de l'autre. Cette conception est inexacte; un contrat synallagmatique, en effet, ne saurait être considéré comme la juxtaposition de deux stipulations sans lien entre elles. Lorsque celle des deux obligations dont l'exécution est rendue impossible par un cas fortuit est une obligation de faire, les auteurs sont unanimes à décider que le créancier est libéré (3). Ainsi, dans ce cas, l'extinction de l'une des obligations entraîne celle de l'autre. Le sort de celle-ci est lié au sort de celle-là. Pourquoi la solution ne serait-elle pas la même quand l'impossibilité de l'exécution porte sur une obligation de donner? Est-il admissible que, dans cette dernière hypothèse, les deux obligations réciproques soient indépendantes l'une de l'autre alors qu'il n'en est point ainsi dans le cas précédent? Comment pourrait-on justifier cette différence? Comment la notion même du contrat synallagmatique pourrait-elle varier suivant qu'il s'agit d'une obligation de donner ou d'une obligation de faire?

On oppose la tradition, qui serait représentée par Pothier. Mais il faut se rappeler que, même dans notre ancien droit, une doctrine contraire à celle de ce jurisconsulte s'était fait jour : « Plusieurs modernes qui ont traité du droit naturel,

(1) Fenet, XIII, p. 230; Locré, XII, p. 327, n. 33.
(2) Fenet, XIII, p. 320; Locré, XII, p. 431, n. 3.
(3) V. *infra*, n. 445.

disait Pothier lui-même, du nombre desquels sont Puffendorf, Barbeyrac, etc., ont cru que les jurisconsultes romains s'étaient écartés, sur cette matière, des vrais principes du droit naturel; et ils soutiennent au contraire que la chose vendue est au risque du vendeur, tant qu'il en demeure propriétaire; que c'est sur lui que doit tomber la perte qui arrive de cette chose, quoique sans faute, pourvu que l'acheteur n'ait pas été en demeure de la recevoir... Leurs arguments sont : 1° que c'est une maxime reconnue par les jurisconsultes romains eux-mêmes que la chose est aux risques du propriétaire, *res perit domino*... 2° que l'acheteur ne s'est obligé à payer le prix qu'à condition qu'on lui donnerait la chose » (1). Il résulte soit du texte même de l'art. 1138, soit des travaux préparatoires que les auteurs du Code ont suivi cette dernière opinion, ce qui s'explique facilement, car elle est la plus équitable et la plus conforme à la volonté des parties.

Si la solution contraire était celle du droit romain en ce qui regarde la vente, cela tient uniquement aux origines de ce contrat. Quelle est, sur ce point, l'explication préférable? Est-il vrai que, primitivement, comme certains auteurs le soutiennent (2), la vente se réalisât au moyen de deux stipulations indépendantes, et que, plus tard, lorsqu'elle est devenue consensuelle, on ait conservé certaines règles qui, cependant, ne cadraient plus avec le nouveau système? Vaut-il mieux dire avec d'autres que la vente consensuelle découle de la *mancipatio*, dont elle a directement emprunté les règles (3)? Doit-on admettre plutôt que la vente consensuelle a été pratiquée d'abord par le droit public et que, dans la suite, le droit privé se l'est appropriée sans la dépouiller de diverses particularités qui avaient été établies pour sauvegarder les intérêts de l'État, vendeur (4)? Nous n'avons pas à

(1) *Vente*, n. 308, al. 4.

(2) Ihering, *Esprit du droit romain*, traduct. de Meulenaere, IV, p. 195; Accarias, *op. cit.*, II, p. 283, note 1; Girard, *op.* et *loc. cit.*

(3) Windcheid, *Pand.*, II, n. 318 et 389.

(4) Mommsenn, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1886, p. 260 s.; Chausse, *Les singularités de la vente romaine, Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étr.*, XXIII (1899), p. 513 s.

résoudre ce problème. Il nous suffit de constater que la seule explication qu'on puisse donner de la solution du droit romain n'est ni juridique, ni rationnelle, ni équitable, mais seulement historique. N'est-il pas naturel qu'une survivance aussi critiquable fût condamnée par Puffendorf, Barbeyrac et autres et qu'elle ait été rejetée par le législateur de 1804 (1)?

425. Les risques cessent d'être à la charge du créancier dans trois cas :

1° Lorsqu'une clause de la convention met les cas fortuits à la charge du débiteur; l'art. 1302, al. 2, autorise cette stipulation (2);

2° Lorsque le cas fortuit, qui a fait périr la chose ou qui l'a fait disparaître ou qui l'a détériorée, a été occasionné par une faute du débiteur, par exemple si la chose a été volée parce que le débiteur a négligé de la mettre en lieu sûr;

3° Si la chose a péri pendant la demeure du débiteur. La loi formule cette exception dans les termes suivants : « à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ». Art. 1138 *in fine*. La *demeure* reporte donc sur le débiteur les risques de la chose (au moins certains risques, nous préciserons bientôt), qui auparavant étaient pour le compte du créancier.

426. Le mot *demeure* éveille l'idée d'un *retard* que le débiteur apporte à l'exécution de son obligation. Mais tout débiteur qui est en retard n'est pas par cela même en demeure. Pour que le débiteur qui est en retard soit en outre en demeure, il faut qu'il soit juridiquement constaté que ce retard cause préjudice au créancier, qu'il est contraire à ses vues. L'art.

(1) *Sic* Larombière, I, p. 462 (art. 1138, n. 23); Labbé, *Des risques dans les contrats synallagmatiques*, dans *Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion* (Paris, 1869-1870), p. 147-153, et *Un mot sur la question des risques : souvenirs du droit romain à propos des art. 1138 et 1184, Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 1888, XII, p. 381 *in fine* et 382; Vigié, II, n. 1321; Planiol, II, 1re éd., n. 1401-1404, 2e et 3e éd., n 1344-1347.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 257 *bis*-II; Demolombe, XXVIII, n. 779; Laurent, XVIII, n. 510; Huc, VIII, n. 180 *in fine*. — Civ. cass., 8 juin 1904, D. P., 1904, 1. 455, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 105, *Pand. franç.*, 1904. 1. 316. — V. aussi Caen, 7 janv. 1901, D. P., 1903. 2. 111.

1139 dit à ce sujet : « *Le débiteur est constitué en demeure* » *soit par une sommation ou un autre acte équivalent, soit par* » *l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit* » *besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur* » *sera en demeure* ». Ainsi, en principe, il faut, pour que le débiteur soit en demeure, qu'il soit interpellé par le créancier.

Tant que le débiteur n'a pas été interpellé, la loi suppose que le retard qu'il apporte à l'exécution de l'obligation ne cause pas préjudice au créancier, que celui-ci n'a pas d'intérêt à l'exécution immédiate, et qu'il consent à ce que le débiteur prenne son temps. La mise en demeure n'est donc pas, du moins en principe, une conséquence de la simple échéance du terme. Nous reviendrons sur ce dernier point (1).

427. D'où résultera l'interpellation ? La loi dit : d'une *sommation* ou d'un *autre acte équivalent*.

Tout acte suffisant pour interrompre la prescription (2), notamment un commandement (3), une demande en justice (4), une citation en conciliation suivie dans le mois d'une assignation (5), l'est à plus forte raison pour mettre le débiteur en demeure. V. art. 2244 et 2245. En effet la loi exige un acte moins énergique pour la mise en demeure que pour l'interruption de la prescription, puisque la simple sommation suffit pour opérer la mise en demeure, tandis qu'elle ne suffit pas pour interrompre la prescription. Art. 2244.

D'après une décision de la cour suprême, l'acte équivalent à la sommation pour la mise en demeure peut, en ce qui regarde l'application de la clause pénale stipulée dans un

(1) V. notre tome II, n. 1001.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 96, texte et note 11, 5e édit., p. 152, texte et note 11, et les auteurs cités aux trois notes suivantes.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 58 *bis*-VII ; Larombière, I, p. 505 (art. 1139, n. 15) ; Demolombe, XXIV, n. 527; Laurent, XVI, n. 234; Huc, VII, n. 117; Planiol, II, 1re édit., n. 275, 2e et 3e édit., n. 168. — Colmar, 23 juillet 1845, P., 45. 2. 684.

(4) Larombière, I, p. 505 *in fine* (art. 1139, n. 16.; Colmet de Santerre, Demolombe, Laurent, Huc, Planiol, *loc. cit.* — Civ. rej., 2 juil. 1883, S., 85. 1. 499, D. P., 84. 1. 302.

(5) Toullier, VI, n. 259; Duranton, X, n. 441 ; Demolombe, XXIV, n. 528; Laurent, Huc, *loc. cit.* — Cpr. Larombière, I, p. 506 (art. 1139, n. 17).

engagement théâtral au cas où le directeur résilierait arbitrairement cet engagement, consister dans une protestation, formulée par l'artiste, en pays étranger, devant le consul de France et signifiée par ce fonctionnaire au directeur (1). La cour de cassation a encore décidé que l'avertissement donné par le receveur municipal d'une commune au fermier des emplacements publics de cette commune, en retard de payer sa ferme, opère la mise en demeure, s'il résulte de son contexte et des circonstances qu'il a été adressé au débiteur une interpellation suffisante (2).

Les juges du fond apprécient souverainement si un acte est rédigé en termes assez formels pour constituer une mise en demeure (3). L'exploit adressé par un créancier à son débiteur à l'effet de prendre acte de ce que ce dernier n'a pas exécuté son obligation dans le délai convenu n'équivaut pas à une sommation d'exécuter et n'opère pas la mise en demeure (4).

427 I. La mise en demeure peut-elle se faire par une lettre missive, par télégramme ou verbalement ? En matière commerciale, l'usage s'est formé dans le sens de l'affirmative, et, comme en pareille matière, l'usage peut déroger au droit commun, cette solution ne saurait faire difficulté (5). Toutefois il n'en est ainsi que dans la limite établie par l'usage; or cette limite peut varier suivant les marchés (6).

(1) Req., 2 déc. 1879, S., 80. 1. 366, D. P., 80. 1. 266.

(2) Civ. rej., 25 avril 1893, S., 96. 1. 324, D. P., 93. 1. 350.

(3) Civ. rej., 25 avril 1893, précité.

(4) Toulouse, 9 janv. 1872, D. P., 73. 1. 213.

(5) Massé, *Dr. comm.*, III, n. 1637; Caumont, *Dict. de dr. marit.*, v° *Affrètement*, n. 304; Huc, VII, n. 117, p. 171, *in fine*, 172; Planiol, II, 1re édit., n. 275, dern. al., 2e et 3e édit., n. 169, dern. al. — Pour la validité de la mise en demeure par lettre missive, Bruxelles, 17 déc. 1864, *Pasicr.*, 65. 2. 31. — Rennes, 5 juin 1871, S., 72. 2. 175, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 669. — Paris, 6 nov. 1874, S., 77. 2. 255, D. P., *ibid.* — Besançon, 5 janv. 1877, *Gaz. Trib.*, 23 janv. 1877. — Bruxelles, 1er déc. 1881, *Pasicr.*, 82. 2. 389. — Trib. comm., Havre, 15 nov. 1898, *Rec. Havre*, 98. 1. 227. — Bourges, 14 nov. 1900, S., 1901. 2. 8. — Paris, 9 fév. 1901, et sur pourvoi, Req., 28 oct. 1903, D. P., 1904. 1. 14. — V. aussi Req., 5 déc. 1883, D. P., 84. 1. 130. — Req., 1er août 1898, S., 1900. 1. 275, D. P., 1900. 1. 551. — Cpr. Paris, 5 fév. 1874, D. P., 77. 2. 11. — Pour la mise en demeure par télégramme, Bruxelles, 10 fév. 1877, *Pasicr.*, 77. 2. 257. — V. cependant Paris, 1er déc. 1874, S., 77. 2. 255, D. P., 77. 2. 11. — Caen, 13 mars 1876, S., 77. 1. 256.

(6) Huc, VII, p. 172. — Paris, 1er déc. 1874, D. P., 77. 2. 11.

Mais que faut-il décider en matière civile ? Ici le texte de l'art. 1139 paraît bien s'opposer à ce que la mise en demeure puisse résulter d'une lettre missive, d'un télégramme ou, à plus forte raison, d'une déclaration verbale. Il exige en effet « une sommation ou *autre acte équivalent* ». Or il est bien difficile d'admettre que ces derniers mots fassent allusion aux procédés dont nous parlons maintenant. Comment voir dans une déclaration verbale un *acte équivalent à sommation,* ou même un *acte* simplement ? Ces expressions ne conviennent guère plus à une lettre ou à un télégramme. Ni l'un ni l'autre ne sont des *actes,* et on ne saurait leur attribuer la même énergie qu'à une sommation, acte signifié par huissier (1).

Toutefois, bien-entendu, ainsi qu'il a été jugé, la mise en demeure peut résulter d'une simple lettre recommandée, si le débiteur a accepté d'être, le cas échéant, mis en demeure par un pareil procédé (2).

De plus la déclaration écrite par laquelle le débiteur reconnaît qu'il est en demeure, dispense le créancier de tout acte d'interpellation. Arg. *a fortiori* art. 2248 (3).

(1) *Sic* Larombière, I, p. 505 (art. 1139, n. 14 *in fine*); Rousseau, *De la correspondance par lettre missive,* 2e édit., n. 109; Huc et Planiol, *loc. cit.* — Bruxelles, 5 août 1871, *Pasicr.*, 72. 2. 50. — La clause d'une police d'assurance contre l'incendie, portant que, dans le cas de défaut de paiement par l'assuré de la prime à l'époque de l'échéance, l'effet de l'assurance ne sera suspendu qu'après une mise en demeure de l'assuré, doit s'entendre d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire : l'invitation adressée à l'assuré par lettre missive de payer la prime échue, ne saurait entraîner contre celui-ci la déchéance du droit de réclamer la valeur des objets qui sont ultérieurement détruits par un incendie. — Paris, 6 fév. 1844, S., 45. 2. 148. — *Adde* Civ. cass., 24 nov. 1875, D. P., 76. 1. 363. — A plus forte raison la mise en demeure ne peut-elle pas résulter d'une lettre, même recommandée, adressée à l'assuré par la compagnie, si cette lettre ne contient pas une interpellation de payer sous peine de déchéance, mais seulement l'avis de la déchéance encourue. — Paris, 24 juil. 1879, S., 79. 2. 255, D. P., 80. 2. 180. — V. aussi Liège, 9 déc. 1871, *Pasicr.*, 71. 2. 412. — Cependant la cour de cassation a déclaré que « la mise en demeure peut, en certains cas, résulter d'une simple lettre écrite par le créancier à son débiteur » et qu'il appartient aux juges du fond de faire cette appréciation. — Civ. rej., 19 fév. 1878, S., 78. 1. 221, D. P., 78. 1. 261.

(2) Grenoble, 25 juil. 1893, joint à Civ. cass., 4 fév. 1896, D. P., 96. 1. 580.

(3) Toullier, VI, n. 253; Duranton, X, n. 441; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 96 *in fine;* Larombière, I, p. 509 (art. 1139, n. 20); Demolombe, XXIV, n. 530; Laurent, XVI, n. 234; Huc, VII, n. 117. — Bruxelles, 22 juin 1879, *Pasicr.*, 79. 2. 302.

428. Nous savons ce que c'est que la demeure et d'où elle résulte. L'art. **1138** nous dit que l'un de ses effets (il y en a d'autres que nous indiquerons plus tard) est de reporter les risques de la chose sur le débiteur; mais l'art. **1302** précise en expliquant qu'il s'agit seulement des risques qui sont une conséquence de la demeure, des nouveaux risques que celle-ci fait courir au créancier, qu'il n'aurait pas courus si l'obligation avait été fidèlement remplie. Ainsi le débiteur supportera les cas fortuits qui n'auraient pas fait périr la chose, si elle eût été livrée au créancier; mais les autres demeureront à la charge de celui-ci, parce qu'il n'y a aucun lien entre eux et la demeure du débiteur.

En d'autres termes, le débiteur qui est en demeure est en faute, et, en le rendant responsable des cas fortuits dont sa demeure est la cause, la loi ne fait qu'une application particulière de ce principe que le débiteur répond des cas fortuits qui ont été occasionnés par sa faute, de sorte que la troisième des exceptions signalées plus haut rentre dans la seconde.

SECTION III

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

429. L'obligation de faire est celle qui a pour objet l'accomplissement d'un fait. L'obligation de ne pas faire, celle qui a pour objet une abstention. Quant à l'obligation de donner, nous savons que c'est l'obligation de transférer un droit réel sur une chose et que le législateur l'oppose à l'obligation de faire.

L'obligation de livrer une chose dérive, suivant les cas, d'une obligation de donner ou d'une obligation de faire. Elle a le même caractère que l'obligation dont elle est la conséquence. Si donc elle se rattache à une obligation de donner, on doit la considérer comme une obligation de donner. Il faut, au contraire, voir en elle une obligation de faire, si tel est le caractère de l'obligation principale (1).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 38, texte et note 3, 5e édit., p. 60, texte et note 3.

430. Toute obligation de faire ou de ne pas faire (si nous opposons cette expression à celle d'obligation de donner) est mobilière. On ne voit pas, en effet, comment on pourrait considérer comme chose immobilière le fait ou l'abstention qui est son objet. Il faut donc la classer parmi les meubles, puisque, en principe, tous les droits actifs ou passifs sont, suivant l'objet auquel ils s'appliquent, meubles ou immeubles. Cette solution est vraie, même en ce qui concerne l'obligation de construire une maison, car la matière de cette obligation n'est pas une maison, mais le fait d'en construire une. Il ne faut pas confondre le résultat de l'exécution d'une obligation avec l'objet de celle-ci [1].

431. On lit dans l'art. **1142** : « *Toute obligation de faire » ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas » d'inexécution de la part du débiteur* ». En d'autres termes, une obligation de faire ou de ne pas faire se transforme en dommages-intérêts, quand il y a impossibilité pour le créancier d'en obtenir l'exécution.

Il ne faut pas exagérer la portée de l'art. **1142** : si l'on prenait à la lettre et isolément la disposition de cet article, on pourrait croire qu'il ne donne au créancier que le droit de réclamer des dommages-intérêts. Il n'en est point ainsi. Même pour les obligations de faire ou de ne pas faire, le créancier peut exiger l'exécution en nature. L'art. **1142** ne renferme point une proposition absolue, ni même une proposition générale. D'ailleurs, nous le verrons, sa portée est limitée par les dispositions des art. **1143** et **1144**. De l'ensemble de ces textes et de l'historique de la question se dégage cette idée que le créancier a droit en principe à l'exécution en nature. Au surplus, c'est là une conséquence de cette règle que la convention fait la loi des parties. Ainsi le créancier

[1] *Sic* Pothier, *Des choses*, part. II, § 2 et *Introduct. gén. aux coutumes*, n. 50; Duranton, X, n. 389; Troplong, *Contrat de mar.*, I, n. 401; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 38, texte et note 18, 5e édit., p. 60, texte et note 18; Laurent, V, n. 495; Arntz, I, n. 860; Thiry, I, n. 668, p. 670; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 130; Planiol, I, 1re édit., n. 846 et 883, 2e édit., n. 816-2e et 847, 3e édit., n. 2232-2e et 2250. — *Contra* Proudhon, *Tr. du dom. privé*, I, n. 186 s.; Bugnet sur Pothier, *Introduction aux coutumes*, I, n. 50; Colmet de Santerre, V, n. 60 *bis*-IV; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, I, n. 336.

peut demander en justice l'exécution en nature, et, d'autre part, le débiteur doit offrir cette exécution pour que ses offres soient satisfactoires (1). Il ne pourrait même pas, en offrant des dommages-intérêts, arrêter le cours des poursuites engagées contre lui par le créancier (2). Nous estimons même que les juges doivent condamner le débiteur à exécuter directement l'obligation de faire ou de ne pas faire, sauf à prononcer une condamnation subsidiaire à des dommages-intérêts, ou même en ajoutant simplement que, dans le cas d'inexécution, il sera fait droit (3).

432. Que signifie donc l'art. **1142**? Tout simplement que, si un acte personnel du débiteur est indispensable pour que l'obligation puisse être exécutée en nature, le créancier ne peut pas, en cas de résistance du débiteur, obtenir l'exécution *manu militari* et qu'il doit, en conséquence, se contenter d'une exécution par équivalent, c'est-à-dire de dommages-intérêts. D'ailleurs la vieille maxime *Nemo præcise cogi potest ad factum,* qui a inspiré la disposition de l'art. **1142**, n'avait pas une portée plus générale.

Mais, pour mettre en pleine lumière le sens de l'art. **1142**, il nous faut indiquer le changement qui s'est opéré dans notre ancien droit en ce qui concerne la notion de l'obligation de faire. Les jurisconsultes du moyen-âge avaient été frappés par cette particularité que les obligations de donner se prêtaient mieux que les obligations de faire ou de ne pas faire à une exécution en nature, ce qui s'explique par ce fait qu'elles ont pour objet une chose matériellement déterminée et pour l'existence de laquelle un acte du débiteur n'est pas nécessaire. De cette observation, qui était vraie en elle-même, ils eurent le tort de déduire cette conséquence que la division des obligations en obligations de donner et en obligations de faire concordait avec leur division en obligations exécutoires et en

(1) V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 60 *bis*-I; Demolombe, XXIV, n. 490; Larombière, I, p. 582 (art. 1142, n. 2); Laurent, XVI, n. 197; Huc, VII, n. 135. — Paris, 26 avril 1894, *Gaz. des Trib.*, 3 juil. 1894.

(2) *Sic* Laurent, XVI, n. 201. — *Contra* Duranton, X, n. 439; Demolombe, *loc. cit.*

(3) Demolombe, XXIV, n. 491. — Req., 24 fév. 1862, S., 62. 1. 242, D. P., 62. 1. 185. — Cpr. Larombière, I, p. 532 (art. 1142, n. 3).

obligations non exécutoires *manu militari*. Bartole exprime cette idée dans les termes suivants : « *Quando est in obliga-* » *tione rem dari, quis præcise compellitur... in obligationibus* » *autem facti, quis non præcise compellitur, sed liberatur sol-* » *vendo interesse* » (1). Mais le défaut de concordance entre les deux divisions finit par éclater. Ce fut Vinnius qui le signala le premier en déclarant qu'il fallait considérer comme exécutoires *manu militari* toutes les obligations, même les obligations de faire, qui avaient pour objet la prestation d'une chose à quelque titre que ce fût, en d'autres termes toutes les obligations de livrer. On lit notamment dans Vinnius : « *Fefellit eos quod putaverunt omnes obligationes faciendi* » *esse ejusdem naturæ, factaque nuda et simplicia, seu quæ* » *in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt exempli* » *gratia Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam* » *fodere, similia esse iis quæ in rei alicujus præstatione et* » *juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus* » *qui tenetur ex causa venditoris rem tradere* » (2).

De la distinction faite par Vinnius se dégagea naturellement cette idée générale que le créancier doit obtenir l'objet de sa créance, même quand cet objet consiste dans l'accomplissement d'un fait, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel au débiteur. Dans ce dernier cas, en effet, on ne pourrait poursuivre l'exécution en nature sans user de violence contre le débiteur.

C'est ce que dit encore Vinnius : « *Prioris generis facta* » *(quæ in meris faciendi finibus consistunt) sunt ejusmodi* » *quæ ut quis faciat cogi non possit sine vi et impressione,* » *et ideo* ne homini libero vis fiat, *placet in his debitorem* » *non præcise ad faciendum quod promisit, obligari* ». Ces idées furent acceptées par les auteurs qui vinrent ensuite, notamment par Pothier. Celui-ci, dans son *Traité du louage*, enseigne que le locataire a droit, quand le locateur refuse de lui livrer la chose louée, de se faire mettre en jouissance de celle-ci *manu militari*. Prévoyant le cas où on lui objecterait

(1) Sur la L. 1, D., *De act. empti*, XIX, 1.
(2) *Instit.*, III, 24, pr., n. 7 s.

la maxime *Nemo præcise cogi potest ad factum,* il fait observer que cette maxime n'a « d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur », auquel il ne pourrait être « contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté ». Et, comme exemple d'obligation de cette nature, il cite l'obligation qu'une personne aurait contractée envers une autre d'entrer à son service, d'aller quelque part pour ses affaires, de copier ses cahiers (1). La pensée de Pothier est donc absolument claire : La possibilité pour le créancier d'obtenir l'exécution en nature ne cesse que lorsque cette exécution nécessiterait l'usage de la violence sur la personne du débiteur.

C'est donc là une exception. Nous venons de voir comment Vinnius et, après lui, Pothier la justifiaient. A son tour Bigot-Préameneu s'est expliqué en ce qui la concerne : « L'obligation de faire ou de ne pas faire, dit-il, se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. — Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats » (2). Ainsi le motif est double : d'abord, la plupart du temps, il y aurait impossibilité absolue de contraindre le débiteur à l'accomplissement d'un fait personnel : comment obliger un peintre à faire un tableau, un acteur à jouer un rôle? De plus, si, par extraordinaire, en pareille matière, la contrainte était possible, il y aurait immoralité à l'employer, car, en violentant le débiteur, on méconnaîtrait la dignité humaine.

Ainsi, en principe, droit pour le créancier d'exiger l'exécution en nature bien que l'obligation soit de faire ou de ne pas faire, mais, par exception, impossibilité pour lui de l'obtenir dès qu'elle nécessiterait l'usage de la violence sur la personne du débiteur, telle est la portée de l'art. 1142 ; elle n'est ni plus ni moins étendue (3).

(1) *Louage,* n. 66. — Cpr. le *Traité de la vente* du même auteur, n. 68.

(2) Fenet, XIII, p. 232; Locré, XII, p. 329, n. 38.

(3) Les développements qui figurent au n. 432 ont été empruntés en substance à l'excellente dissertation de M. Meynial sur *La sanction civile des obligations de*

433. On voit qu'en définitive le législateur eût mieux fait de ne pas écrire la disposition de l'art. **1142**. Si on la prend à la lettre, on lui attribue une portée qui est incompatible avec le respect dû aux conventions. Si on pénètre son esprit, on arrive à cette conclusion qu'elle est à peu près inutile, car, pratiquement, elle se résume en cette constatation que le créancier doit se contenter de dommages-intérêts quand il lui est impossible d'obtenir l'exécution en nature. A quoi bon exprimer cette idée? N'est-ce pas le cas de toute obligation? En supposant, par exemple, que la chose objet d'une obligation de donner soit si bien cachée par le débiteur que le créancier ne puisse pas la découvrir, ce dernier ne devra-t-il pas, dans ce cas aussi, se contenter de dommages-intérêts?

Dira-t-on qu'il fallait sauvegarder la liberté du débiteur en mettant sa personne à l'abri de la violence pour le cas d'inexécution? Mais qui eût songé, quand l'obligation a pour objet un fait personnel au débiteur, à contraindre matériellement celui-ci à l'exécution? Peut-on, par la force, obliger un peintre à faire un tableau, un acteur à débiter un rôle? On aurait pu être tenté, il est vrai, pour quelques très rares obligations de ne pas faire, de procurer au créancier leur exécution directe en violentant la personne du débiteur. C'est, par exemple, ce qui aurait pu se produire dans le cas où un acteur aurait, au mépris de ses engagements, joué sur une certaine scène. Mais cette exception, qui n'aurait eu, nous le répétons, qu'une portée pratique fort restreinte, eût-elle été vraiment regrettable? On est libre de ne pas s'obliger. Mais lorsqu'on s'est obligé, est-on libre de ne pas tenir sa promesse? En réalité, ce n'est pas violer la liberté du débiteur que de le rappeler, fût-ce *manu militari*, au respect de ses engagements.

Pour limiter, comme il convient, l'application de l'art. **1142**, il faut, on vient de le voir, consulter l'histoire. Malheureusement c'est un parti que très souvent on néglige de prendre.

faire ou de ne pas faire. V. *Rev. prat. de dr. franç.*, LVI, p. 390 *in fine* à 394, p. 399 *in fine* et 400.

Il est donc fort à craindre qu'on n'exagère dans bien des cas la portée de l'art. 1142. On arrivera ainsi à des conséquences regrettables. Déjà le vieil adage *Nemo præcise cogi potest ad factum* était formulé en termes trop généraux. Or la proposition que, dans le cas d'inexécution, les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts va encore plus loin en apparence. Cependant force doit rester aux conventions, puisqu'elles font la loi des parties; or les conventions qui donnent naissance à une obligation de faire exigent que le fait promis soit accompli.

Les auteurs du Code civil allemand ont donc eu raison de rejeter la maxime que les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts en cas d'inexécution, et l'on peut s'étonner de la retrouver dans l'art. 111 du *Code fédéral des obligations* (1).

434. Le législateur lui-même a fait des applications de cette idée que le créancier doit obtenir l'exécution en nature malgré la résistance du débiteur, lorsque le fait personnel de celui-ci n'est pas nécessaire pour cette exécution.

Tout d'abord, si le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire, le créancier peut exiger, si elle est possible, la destruction de ce qui a été fait en violation de l'engagement. Par exemple, j'ai loué une maison de campagne pour la belle saison, et j'obtiens du voisin qu'il s'engage à ne pas clore son avenue, pour m'y laisser passer. S'il contrevient à son engagement, je pourrai obtenir de la justice l'autorisation de faire détruire à ses frais la clôture, et, en outre, j'aurai droit à des dommages et intérêts pour le préjudice que j'aurai éprouvé de ne pouvoir passer pendant tout le temps qu'aura subsisté la clôture. C'est ce que dit l'art. 1143 : « *Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui* » *aurait été fait par contravention à l'engagement, soit* » *détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens* » *du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y* » *a lieu* ».

435. De même, quand le fait personnel du débiteur n'est

(1) Saleilles, *op. cit.*, n. 25, 1re édit., p. 21, 2e édit., p. 22.

pas nécessaire pour l'exécution d'une obligation de faire, le créancier peut obtenir de la justice l'autorisation de faire exécuter cette obligation aux frais du débiteur, si celui-ci refuse de l'accomplir.

Ainsi, mon voisin s'est obligé à abattre un arbre qui gêne la vue de ma maison sur la campagne; mais il refuse de tenir cet engagement. Sur ma demande, les juges m'autoriseront à couper l'arbre à ses frais. Telle est la disposition de l'art. **1144** : « *Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être* » *autorisé à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du* » *débiteur* » (1).

436. Dans le cas des art. **1143** et **1144**, est-ce un devoir pour le juge d'autoriser le créancier à exécuter lui-même l'obligation ou d'ordonner la destruction de ce qui a été fait en violation de celle ci ? Ou bien n'est-ce pour lui qu'une faculté, et, en conséquence, peut-il prononcer simplement une condamnation à des dommages-intérêts ? C'est la première de ces solutions qui nous paraît préférable. D'abord, en ce qui concerne l'obligation de ne pas faire, le texte même de l'art. **1143** résout la question. En conférant au créancier le *droit* de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit, il montre bien que le juge est tenu d'ordonner la destruction demandée. La solution est la même pour les obligations de faire. Sans doute l'art. **1144** dit que le créancier *peut,* quand l'obligation n'est pas remplie, être autorisé à la faire exécuter lui-même. Mais il s'ensuit, non pas que le juge ait la faculté de refuser l'exécution, mais que le créancier a la faculté de ne pas la demander. Nous avons montré que la question ne pouvait pas être l'objet d'une difficulté sérieuse quant à l'art. **1143**. Or, entre cet article et le suivant, il y a un lien évident. Ils sont l'un et l'autre conçus dans le même ordre d'idées, comme le prouvent bien les pre-

(1) Lorsqu'un entrepreneur n'exécute pas les travaux de son marché dans les conditions convenues, il peut être condamné à les refaire, et l'autre partie peut être autorisée à faire exécuter ces travaux aux frais de l'entrepreneur, s'il n'en commence pas l'exécution dans le délai imparti. Peu importe que cela ait pour conséquence la démolition de maçonneries déjà élevées, si elles ont été faites par l'entrepreneur contrairement à la convention, car cette démolition est rendue nécessaire par le fait de celui-ci. Req., 14 mars 1899, D. P., 99. 1. 445.

miers mots de l'art. 1144 : « Le créancier peut *aussi*... » Ils ont tous les deux pour but d'assurer l'application du principe général en vertu duquel le créancier doit pouvoir obtenir l'exécution en nature de l'obligation. C'est ce que le tribun Favard a dit en ces termes : « Il a fallu laisser au créancier le droit de faire détruire, aux dépens du débiteur, ce qu'il aurait fait ou fait faire en contravention du contrat... Il a fallu aussi, *et par la même raison*, laisser au créancier le droit de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » (1). Ainsi l'art. 1144, comme l'art. 1143, a été écrit pour expliquer qu'on *laissait* au créancier le droit, qui lui appartient, en vertu des principes généraux, d'exiger l'exécution en nature (2).

437. Quand le créancier veut détruire des travaux exécutés

(1) Locré, XII, p. 433; Fenet, XIII, p. 322.

(2) *Sic* Toullier, VI, n. 218; Duranton, X, n. 460; Demolombe, XXIV, n. 505; Laurent, XVI, n. 199; Huc, n. 138, p. 196. — D'après une autre opinion, les juges, qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou d'une obligation de ne pas faire, auraient le droit d'accorder ou de refuser, suivant les circonstances, l'autorisation au créancier. — Larombière, I, p. 539-540 (art. 1143-1144, n. 7 et 9). — Enfin, une troisième opinion enseigne que les juges ont un pouvoir discrétionnaire d'appréciation lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, mais non lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire. — Aubry et Rau, 4e édit., p. 42-43, texte et note 14, 5e édit., p. 65, texte et note 14; Meynial, *op. cit.*, p. 437-438. — Les arguments donnés à l'appui de notre solution contiennent la réfutation de ces deux opinions. Nous ferons toutefois remarquer, en ce qui concerne la dernière, que la distinction qu'elle établit est bien peu rationnelle, car, d'une façon générale, le législateur n'autorise pas facilement la destruction de travaux, même quand ils ont été faits en violation d'un droit. — Quant à la jurisprudence, elle se prononce dans le même sens que Larombière, et, par conséquent, elle décide que, soit dans le cas de l'art. 1143, soit dans celui de l'art. 1144, c'est une faculté pour les tribunaux de donner l'autorisation : « Attendu que les termes de l'art. 1144 C. civ. sont facultatifs et qu'il appartient aux juges de décider si les ouvrages construits par contravention à un contrat doivent être ou non détruits... » Req., 18 juin 1883, D. P., 84. 5. 353. — Jugé de même dans des espèces où il s'agissait d'obligations de faire : Lyon, 29 avril 1853, S., 53. 2. 347, et, sur pourvoi, Civ. rej., 19 mars 1855, S., 55. 1. 648, D. P., 55. 1. 297. — Lyon, 14 juin 1860, S., 61. 2. 163. — Bruxelles, 13 mars 1886, *Pasicr.*, 87. 2. 6. — Req., 18 fév. 1903, D. P., 1903. 1. 487, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 461. — Civ. rej. (sur ce moyen), 2 fév. 1904, D. P., 1904. 1. 271. — On lit dans l'arrêt précité du 19 mars 1855 : « Attendu que si l'art. 1144 C. civ. permet aux juges d'autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, il appartient aux juges du fait d'user ou de ne pas user de cette faculté : *qu'en conséquence, leur refus de recourir à ce mode exceptionnel d'exécution ne saurait impliquer une violation de loi et donner ouverture à cassation...* » — Même formule dans Req., 18 fév. 1903, précité.

par contravention à une obligation de ne pas faire, il ne peut certainement pas se dispenser de demander l'autorisation de justice; car, pour détruire ces travaux, il doit pénétrer dans l'immeuble du débiteur. Cette autorisation est également indispensable en ce qui concerne l'exécution par le créancier d'une obligation de faire, quand le fait promis doit être accompli sur le fonds du contrevenant. Mais, dans les autres hypothèses, c'est-à-dire s'il n'est pas besoin, pour exécuter l'obligation, de s'introduire dans l'immeuble du débiteur, le créancier agit prudemment en se faisant autoriser par justice, car, faute par lui de prendre cette précaution, il peut arriver que le tribunal ne condamne pas le débiteur à payer au créancier une somme égale au total des dépenses faites par celui-ci. Dans ce cas, en effet, le créancier n'a droit qu'à une indemnité pécuniaire égale au coût des travaux nécessaires pour l'accomplissement du fait promis, et les juges ont le pouvoir d'apprécier s'il s'en est tenu à ces travaux (1).

438. Les juges doivent-ils ordonner l'exécution de l'obligation ou la destruction de ce qui a été fait en violation de celle-ci, alors même que cette exécution ou que cette destruction devrait nécessiter des frais relativement considérables? Oui, d'après nous, car si le débiteur subit un préjudice important, c'est à lui-même qu'il devra l'imputer (2).

439. Maintenant que nous avons délimité le domaine de l'art. 1142, on comprendra que ce texte ne s'oppose pas à ce que les obligations de livrer, alors même qu'elles procèdent d'une obligation de faire, soient exécutées en nature. Ce sont même, comme on l'a vu, les obligations de livrer que Vinnius a visées d'une façon spéciale quand il a signalé l'inexactitude de l'ancienne doctrine. Et il est rationnel qu'on n'établisse pas ici de distinction. Que l'obligation de livrer soit née d'une obligation de donner ou d'une obligation de faire, l'atteinte portée à la personne du débiteur par l'exécution forcée est toujours la même.

(1) *Sic* Laurent, XVI, n. 200. — Cpr. Duranton, X, n. 461; Demolombe, XXIV, n. 500.

(2) V. cep. Lyon, 14 juin 1860, S., 61. 2. 163, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 211.

D'ailleurs, l'exécution en nature d'une obligation de livrer ne suppose pas essentiellement une violence exercée sur la personne du débiteur. On comprend très bien que le locataire soit mis en jouissance de la chose louée sans que le locateur soit matériellement l'objet d'une contrainte. La délivrance de la chose est ordinairement opérée par le débiteur. Mais elle peut émaner d'un autre. Ce n'est pas là essentiellement un fait personnel au débiteur. Sans doute, si ce dernier prétend s'opposer à la réalisation de la délivrance, il sera traité comme le serait tout individu qui tenterait d'entraver l'exécution de l'obligation, par exemple comme le serait celui de ses amis qui, prenant fait et cause pour lui, voudrait empêcher qu'on remît la chose au créancier. Ainsi, en pareille hypothèse, on usera de violence à son égard, non pas pour le contraindre à exécuter, mais seulement pour faire cesser son opposition à l'exécution [1].

440. Les juges peuvent-ils contraindre indirectement le débiteur à exécuter l'obligation de faire en le condamnant à payer au créancier, par chaque jour, mois ou année de retard, plus généralement par chaque unité de temps qu'il leur convient de fixer, une somme d'argent soit supérieure au dommage causé par l'inexécution, soit même ne représentant en aucune mesure la réparation d'un dommage ? Plus brièvement, peuvent-ils, pour obtenir l'exécution, prononcer des *astreintes* ? Pour le moment, nous ne faisons que poser la question. Nous la résoudrons lorsque nous expliquerons la disposition de l'art. **1149** [2].

441. Quand l'obligation de faire ou de ne pas faire se transforme en dommages-intérêts en cas d'inexécution, ce n'est point à dire qu'elle disparaisse et soit remplacée par une obligation nouvelle. Les dommages-intérêts, comme l'a dit la cour de cassation, « sont alors dus en vertu de l'obligation originaire, dont il deviennent la sanction ». Cette remarque présente un intérêt pratique important, car il en résulte que le gage constitué par le débiteur comme garantie de l'accom-

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 401.
(2) V. *infra*, n. 478-479.

plissement d'une obligation de faire, demeure affecté, en cas d'inexécution de celle-ci, au paiement des dommages-intérêts (1). Il en serait évidemment de même d'un cautionnement assurant l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire (2).

442. Il faut remarquer aussi que la disposition de l'art. **1142** n'exclut pas l'application de l'art. **1184** : alors même qu'un contrat donne naissance à une obligation de faire et que cette obligation a pour objet un fait personnel à la partie qui doit l'accomplir, la condition résolutoire est sous-entendue, au moins s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement (3).

443. La règle posée dans l'art. **1142** s'applique à toutes les obligations de faire, quelle que soit leur origine, par conséquent à celles qui naissent de délits ou de quasi-délits (4).

444. Il résulte de l'art. **1145** que le débiteur qui contrevient à une obligation de ne pas faire est en demeure sans sommation ni autre acte équivalent : « *Si l'obligation est de ne* » *pas faire,* dit ce texte, *celui qui y contrevient doit les dom-* » *mages et intérêts par le seul fait de la contravention* ». A vrai dire, il ne pouvait être question d'une mise en demeure quant aux obligations de ne pas faire; car le but de cette mesure est de constater le retard que le débiteur apporte à l'exécution de son obligation. Or, la contravention à une obligation de ne pas faire est tout autre chose qu'un retard. De plus, la mise en demeure s'explique par cette considération qu'en son absence le débiteur peut croire que le créancier lui accorde un délai. Mais, lorsque le débiteur contrevient à une obligation de ne pas faire, le défaut de mise en

(1) Req., 9 mai 1881, S., 82. 2. 150, D. P., 82. 1. 13. — V. dans le même sens Huc, VII, n. 135 *in fine*.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, du cautionn.*, n. 996 *bis*. — V. aussi Troplong, *Cautionnement*, n. 158; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 680; Pont, *Petits contrats*, II, n. 107;

(3) Larombière, I, p. 533 (art. 1142, n. 5); Demolombe, XXIV, n. 489.

(4) Orléans, 26 déc. 1878, S., 79. 2. 97, D. P., 79. 2. 49. — Req., 10 juin 1879, S., 79. 1. 419, D. P., 80. 1. 418. — *Adde* Huc, VII, n. 137; Aubry et Rau, 5e édit., p. 64, note 12 *bis*.

est très probable qu'ici le mot *intérêt*, joint au mot *dommage*, constitue simplement une redondance comme on en trouve tant dans le style des anciens notaires [1].

449. En fait, les dommages-intérêts sont généralement alloués sous forme d'indemnité pécuniaire. Mais la loi n'exige pas qu'il en soit ainsi [2].

Les juges peuvent, par conséquent, en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution d'une convention, ordonner que la chose, objet de cette convention, restera au compte de la partie qui est en faute ou en demeure. La propriété de la chose laissée pour compte se trouve alors imposée à cette partie comme réparation du dommage, à charge par elle de payer à l'autre partie l'entière valeur de la chose [3].

C'est ainsi qu'en matière de transport de marchandises, le commissionnaire peut, à raison du retard dans l'arrivée des marchandises ou d'avaries subies par elles, être condamné à les garder pour son compte et à en payer l'entière valeur à titre de dommages-intérêts [4].

De même, lorsqu'un ouvrage, par exemple une étoffe, dont la matière a été fournie à un fabricant par la personne qui le lui a commandé, n'a pas été fait conformément à la convention, les juges peuvent ordonner, comme réparation du préjudice, que cette matière restera pour compte au fabricant, à charge par lui d'en rembourser la valeur [5].

450. Nous n'avons à traiter pour le moment que des dommages et intérêts qui résultent de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation.

On donne généralement, dans la doctrine, le nom de dommages et intérêts *compensatoires* à ceux qui sont dus au

(1) Planiol, II, 1re éd., n. 259, 2e et 3e éd., n. 247, al. 2.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 108, 5e éd., p. 179. — *Contra* Planiol, II, 1re éd., n. 233, 2e et 3e éd., n. 224. — C. civ. Japon : « Le montant des dommages-intérêts se détermine en argent, à moins de déclaration de volonté contraire ». Art. 417. Traduct. Motono et Tomii, p. 103.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Delamarre et Lepoitvin, *Commission*, II, n. 225. — Civ. rej., 3 août 1835, S., 35. 1. 817, D., *Répert. alph.*, vo *Commissionnaire*, n. 365. — Rennes, 19 mars 1850, S., 51. 2. 161. — *Contra* Pau, 25 fév. 1813, S. chr., IV. 2. 264. — Metz, 18 janv. 1815, S. chr., V. 2. 10. — Paris, 11 juill. 1835, S., 35. 2. 489.

(5) Req., 28 avril 1862, S., 63. 1. 311, D. P., 63. 1. 250.

créancier à raison de l'inexécution de l'obligation; sous leur forme ordinaire, ils ne sont que l'évaluation en argent de l'intérêt que le créancier avait à ce que l'obligation fût exécutée, la compensation par conséquent du préjudice que l'inexécution lui cause : à la place d'une exécution en nature, qui n'est plus possible, le créancier obtient une exécution en argent, une exécution par équivalent.

Quant aux dommages et intérêts qui sont dus au créancier à raison du simple *retard* dans l'exécution, on les appelle dommages et intérêts *moratoires* parce qu'ils sont dus *propter moram*. Ils sont l'évaluation en argent de l'intérêt que le créancier avait à ce que l'obligation fût exécutée à l'époque où elle devait l'être [1].

§ I. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu aux dommages et intérêts.*

451. Pour que l'inexécution totale ou partielle d'une obligation puisse donner lieu à des dommages et intérêts, trois conditions sont requises. Il faut : 1° que l'inexécution ait causé un préjudice au créancier; 2° qu'elle soit imputable au débiteur; 3° que celui-ci, du moins au cas où l'exécution est encore possible, soit en demeure.

I. *Du préjudice.*

452. Il faut, en premier lieu, que l'inexécution de l'obligation ait causé un préjudice au créancier. La loi fait allusion à cette condition par les mots *s'il y a lieu* de l'art. 1147, qui signifient : *si le juge estime que le créancier a éprouvé un dommage*. Cette condition est évidemment essentielle, et il n'est pas besoin d'insister sur cette idée qu'il doit exister un rapport de causalité entre le dommage subi par le créancier et l'inexécution de l'obligation.

Ainsi l'avoué qui n'a pas exécuté le mandat qu'il avait reçu de produire dans un ordre ne peut pas, de ce chef, être con-

[1] Jugé que les dommages-intérêts peuvent comprendre à la fois et le préjudice résultant du retard dans l'exécution et le préjudice causé par l'inexécution elle-même. Req., 11 mai 1898, D. P., 99. 1. 310.

damné à payer une indemnité, s'il n'est pas établi qu'il y aurait eu collocation utile en cas de production [1].

La loi elle-même fait une remarquable application de ce principe dans l'art. 1302, al. 1er *in fine*. Voir cette disposition.

453. Par application des principes généraux, c'est au créancier de prouver l'existence du préjudice qu'il invoque comme base de sa demande en dommages et intérêts [2]. Toutefois, nous verrons que ce préjudice est présumé dans l'hypothèse prévue par l'art. 1153 [3].

II. *De l'imputabilité.*

454. Il faut, en second lieu, que l'inexécution de l'obligation ou le retard dans l'exécution soit imputable au débiteur, car c'est seulement en ce cas qu'il peut être considéré comme étant l'auteur du préjudice éprouvé par le créancier, et que, par suite, il peut être tenu d'en fournir la réparation.

L'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur lorsqu'elle est le résultat de sa fraude ou de sa faute. On sait que la *faute* consiste dans une négligence commise sans intention de nuire. Il y a *dol*, suivant l'expression de la loi, ou, pour parler plus exactement, il y a fraude, quand l'intention de nuire existe.

On voit que la bonne foi du débiteur ne suffit pas pour le mettre à l'abri d'une condamnation à des dommages-intérêts. Le législateur le dit, au surplus, à la fin de l'art. 1147 : « encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». Cela s'explique aisément, car, en contractant, le débiteur s'est engagé à exécuter son obligation et non pas simplement à s'abstenir de toute fraude quant à cette exécution.

(1) Civ. cass., 26 nov. 1890, S., 91. 1. 72, D. P., 91. 1. 18. — Il a été également très bien décidé, dans une espèce voisine de la précédente, qu'il n'y a pas lieu de condamner à des dommages-intérêts l'avoué qui, dans un ordre amiable, a négligé de faire colloquer son client pour une créance venant en rang utile, alors que, par ses soins, ce client a reçu, dans le même ordre, collocation pour une autre créance plus élevée qui n'aurait pas pu être admise concurremment avec la première. — Req., 8 déc. 1884, S., 86. 1. 303, D. P., 85. 1. 463. — V. aussi Bordeaux, 12 janv. 1887, S., 88. 2. 108, D. P., 87. 1. 91.

(2) Rennes, 4 juin 1814, D., *Rép. alph.*, v° *Louage*, n. 339-1°. — Cpr. Bruxelles, 23 mars 1808, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 776-2°.

(3) V. *infra*, n. 503-504.

Toutefois les juges devraient avoir égard à la bonne foi du débiteur dans la détermination du montant des dommages-intérêts. Arg. art. 1150.

455. L'imputabilité cesse, et avec elle la responsabilité civile qu'elle engendre, lorsque l'inexécution de l'obligation est le résultat d'une cause étrangère au débiteur, c'est-à-dire d'un cas fortuit. C'est ce que dit l'art. 1147, dont voici les termes : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paie-* » *ment de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution* » *de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution,* » *toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient* » *d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore* » *qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* » (1).

La *cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur* constitue, nous venons de le voir, ce que l'on appelle un cas fortuit. Ainsi la partie finale de l'art. 1147 revient à dire que le débiteur n'est pas responsable de l'inexécution de l'obligation, et que, par suite, il ne doit de ce chef aucuns dommages et intérêts, lorsque cette inexécution est le résultat d'un cas fortuit. L'art. 1148 n'est qu'une répétition inutile de cette disposition, car il est ainsi conçu : « *Il n'y a lieu à* » *aucuns dommages et intérêts, lorsque, par suite d'une force* » *majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de* » *donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui* » *lui était interdit* ».

Dans le langage de la loi, les expressions *cas fortuit* et *force majeure* sont synonymes (2). Elles désignent, d'après

(1) Cpr. *Code fédéral des oblig*, art. 110. — V. Rossel, *Manuel du dr. fédér. des oblig.*, n. 125. — Cpr. aussi *C. civ. esp.*, n. 1101.

(2) V. art. 1733. — Cpr. aussi les art. 1754, al. 5, et 1755, où l'on ne trouve que l'expression *force majeure*, et les art. 1772 et 1773, qui emploient isolément l'expression *cas fortuit*, bien que les uns et les autres visent les mêmes événements, ce qui résulte notamment de ce que la grêle est prévue à titre d'exemple, et par l'art. 1754, al. 5, et par l'art. 1773, al. 1er. — D'après certains auteurs, l'expression *cas fortuit* ne s'appliquerait qu'aux accidents résultant d'une force naturelle inintelligente, tandis que l'expression *force majeure* supposerait toujours un fait de l'homme. V. Marcadé, IV, n. 517; Huc, VII, n. 143, p. 201. — Il nous semble démontré que le législateur n'a même pas entrevu cette distinction. V. Demolombe, XXIV, n. 553. — V. aussi Planiol, II, 1re édit., n. 243, 2e et 3e édit., n. 231. — D'autres auteurs distinguent aussi entre la force majeure et le cas fortuit, mais en

la définition donnée en droit romain, tout événement qu'on ne saurait prévoir ou auquel on ne saurait résister lorsqu'on l'a prévu (1).

Les cas fortuits ou de force majeure peuvent être distribués en deux catégories (2). Les uns ont le caractère d'accidents naturels (3), comme les maladies, la mort, le feu du ciel, la grêle, la gelée, les neiges très abondantes, les inondations, les tremblements de terre, etc... Les autres constituent des faits de l'homme (4); nous citerons la guerre, l'invasion, le bombardement, le blocus, les attaques de brigands, les abus de la force, les larcins (5). Remarquons, à ce propos,

se plaçant à un point de vue différent. V. Exner, *La responsabilité dans le contrat de transport*, traduct. Seligman (1892); Thaller, *Tr. de dr. comm.*, 2e et 3e édit., n. 1198; Bourgoin, *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure* (thèse, Lyon, 1902). — Consulter sur le système de ces auteurs et pour une autre théorie, Ambroise Colin, note dans D., 1904. 2. 73.

(1) *Omnem vim cui resisti non potest*, suivant la définition d'Ulpien, L. 15, § 2, D., *Locati*, XIX, 2. Le même jurisconsulte dit ailleurs : « *Fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest* ». L. 2, § 8. D., *De admin. rer. ad civi. pertin.*, L, 8; Vinnius a complété cette définition de la manière suivante : *Casum fortuitum definimus omne quod humano captu prævideri non potest, nec cui præviso potest resisti... Partit. juris.*, lib. II, cap. 64. — Cette formule a été fidèlement reproduite dans l'art. 1105 du nouveau code civil espagnol ainsi conçu : « Hors des cas expressément indiqués par la loi et ceux où l'obligation le stipule ainsi, nul ne répondra des *événements qu'il n'a pu prévoir, ou qui, bien que prévus, ont été inévitables* ». La définition donnée au texte est donc classique, et elle nous paraît assez compréhensive pour qu'il n'y ait pas, contrairement à ce que pense Laurent, d'inconvénient à l'adopter. — V. Laurent, XVI, n. 264. — Il est à remarquer, relativement à la seconde partie de cette définition, que la cour suprême a posé le principe suivant : «... Un événement que sa nature même soustrait au pouvoir de l'homme, reste dans la classe des cas fortuits, encore bien que la possibilité de sa réalisation ait dû se présenter à l'esprit au moment de la passation du contrat ». — Req., 4 mai 1842, S., 42. 1. 618, D. P., 42. 1. 222. — Cpr. Douai, 10 mai 1883, S., 89. 2. 3. — Dans le même sens, Larombière, II, p. 9 (art. 1148, n. 1).

(2) Troplong, *Louage*, I, n. 205; Demolombe, XXIV, n. 553; Laurent, XVI, n. 257-258. — On a proposé des divisions plus compliquées, mais qui n'ont pas de raison d'être. V. Demolombe, *loc. cit.*

(3) Cpr. Troplong, *Louage*, I, n. 206 et les notes. — Les accidents de température, tels que chaleur ou froid, vent, pluie, etc., qui caractérisent les diverses saisons, ne peuvent être considérés comme cas fortuits que si leur intensité arrive à un développement anormal. Troplong, *op. cit.*, n. 20. — Cpr. Laurent, XVI, n. 257 *in fine*.

(4) Cpr. Troplong, *op. cit.*, n. 208 et les notes.

(5) Parmi les faits de l'homme figure le vol. Mais il résulte des art. 1953 et 1954 que les hôteliers et aubergistes répondent du vol des effets d'un voyageur, à moins

que la faute d'un tiers qui rend impossible l'exécution d'une obligation, constitue, dans les rapports entre les parties, un cas fortuit ou de force majeure (1), à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'un tiers des actes duquel le débiteur serait responsable (2).

455 I. Dans cette seconde catégorie rentre le *fait du prince*. On entend par ce terme générique tous les empêchements qui résultent d'un ordre ou d'une prohibition émanant de l'autorité publique.

« Le fait du prince, dit la cour suprême, obligeant à soumission comme le fait de la nature, constitue également un cas fortuit ou de force majeure... » (3).

Les actes qui présentent le caractère de *fait du prince* sont innombrables (4).

A titre d'exemples, nous indiquerons la suppression d'une industrie par un acte du pouvoir supérieur (5); le décret réquisitionnant les blés et farines dans une ville assiégée (6); l'acte de gouvernement qui interdit l'exportation du blé (7);

qu'il s'agisse d'un vol fait à main armée, sauf, aujourd'hui, la limitation apportée à cette responsabilité par la loi du 18 avril 1889. Il ne suffirait même pas, pour qu'un vol exonérât les hôteliers et aubergistes de la responsabilité dont nous parlons, qu'il eût été commis de nuit avec escalade et effraction. Troplong, *Dépôt*, n. 235; Aubry et Rau, IV, p. 629 et p. 622, note 15; Guillouard, *Dépôt*, n. 147; Laurent, XXVII, n. 142; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 1211. — V. cependant Pont, *Pet. contr.*, I, n. 540. — Les dispositions des art. 1953 et 1954 montrent donc que les faits de l'homme n'ont le caractère de cas fortuits que lorsqu'ils constituent des obstacles insurmontables. Troplong, *Dépôt*, n. 234; Laurent, XVI, n. 258. — L'incendie ne constitue pas toujours par lui-même un cas de force majeure. — Orléans, 11 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 106 (renvois). — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1212 et les autorités citées.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 103, texte et note 33, 5e édit., p. 167, texte et note 33; Demolombe, XXIV, n. 558; Laurent, XVI, n. 262; Huc, VII, n. 143, p. 202. — Rennes, 31 déc. 1896, D. P., 99. 2. 74. — Req., 11 mars 1901, *Pand. franç.*, 1902. 1. 33. — Cpr. Civ. rej., 27 avril 1898, D. P., 98. 1. 421.

(2) V. les mêmes auteurs, *loc. cit.*

(3) Req., 4 mai 1842, S., 42. 1. 618, D. P., 42. 1. 222. — Cpr. Demolombe, XXIV, n. 555; Laurent, XVI, n. 261 et 274.

(4) V. Cour de cass. de Belgique, 27 juin 1845, *Pas.*, 45. 1. 392. — Civ. Cass., 3 mai 1847, S., 48. 1. 47, D. P., 48. 1. 78. — Douai, 10 mai 1886, S., 89. 2. 3. — Civ. cass., 11 fév. 1896, D. P., 96. 1. 349.

(5) Arrêt précité du 4 mai 1842.

(6) Req., 21 fév. 1876, S., 77. 1. 157, D. P., 77. 1. 367.

(7) Req., 5 nov. 1894, S., 96. 1. 143, D. P., 95. 1. 244.

l'interdiction d'un journal par l'autorité militaire pendant l'état de siège (1); la décision du ministre de l'intérieur qui défend au directeur d'un théâtre de jouer une pièce déterminée (2); la fermeture d'un théâtre ordonnée par un arrêté municipal aussi longtemps qu'un acteur dont la présence sur la scène est l'occasion de désordres n'aura pas été remplacé (3); l'arrêté d'expulsion pris contre un étranger (4).

456. Il appartient aux juges du fond de reconnaître l'existence des éléments de fait d'où peut résulter la force majeure, et ils ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation (5). Mais il appartient à la cour suprême de déterminer la portée légale de ces éléments de fait (6).

(1) Lyon, 23 avril 1874, S., 75. 2. 272, D. P., 75. 2. 37. Cette décision est remarquable. Nous y relèverons les passages suivants : « Le pouvoir conféré par la loi du 9 août 1849 à l'autorité militaire, sous l'empire de l'état de siège, d'interdire les publications qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre, est souverain, indépendant, sans contrôle... Ils (les arrêts d'interdiction) n'impliquent point par eux-mêmes, *ipso facto*, la préexistence d'un délit ou d'une faute de la part des auteurs de la publication interdite, mais seulement une nécessité de garantie pour la sûreté publique... Ces principes admis, les tribunaux doivent regarder ces arrêtés, au point de vue de l'exécution des conventions entre particuliers, comme étant le fait du prince et de la force majeure ».

(2) Paris, 20 déc. 1835, S., 36. 2. 82. — Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de restreindre cette solution au cas où la pièce interdite est nouvelle. Il faut donc se prononcer de même quand cette pièce a été déjà représentée sur une autre scène. Même arrêt.

(3) Rennes, 30 déc. 1861, S., 62. 2. 524. — Peu importe que l'acteur ayant achevé ses débuts, son engagement soit définitif. Même arrêt. — Mais, sur ce dernier point, voir en sens contraire Vivien et Blanc, *Législ. des théâtres*, n. 282; Agnel, *Code des artistes dramatiques*, n. 211. — Toulouse, 28 nov. 1829, S. chr., IX. 2. 352, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 145.

(4) Paris, 29 avril 1872, S., 72. 2. 238, D. P., 72. 2. 145.

(5) Laurent, XVI, n. 259 s. — Req., 13 fév. 1872, S., 72. 1. 60, D. P., 72. 1. 186; 14 mai 1872, S., 73. 1. 224, D. P., 73. 1. 78; 13 août 1873, S., 74. 1. 74, D. P., 75. 1. 126; 17 nov. 1873, S., 74. 1. 250; 13 janv. 1874, S., 75. 1. 351, D. P., 74. 1. 76. — Civ. rej., 24 mars 1874, S., 74. 1. 428; 19 août 1874, S., 75. 1. 24, D. P., 76. 5. 257; 10 avril 1883, S., 85. 1. 217, D. P., 84. 1. 39; 18 avril 1883, S., 83. 1. 361, D. P., 84. 1. 25. — Req., 22 déc. 1884, S., 85. 1. 490, D. P., 85. 1. 73; 22 oct. 1895, D. P., 96. 1. 72. — Pour échapper à une condamnation à raison du retard dans la livraison de sa marchandise, un industriel ne saurait invoquer comme un cas de force majeure la nécessité où il se serait trouvé de faire exécuter des réparations à la machine à vapeur de son usine. Nancy, 9 novembre 1903, *Droit*, 19 novembre 1903.

(6) *Sic* Civ. cass., 22 janv. 1877, D. P., 77. 1. 321. — V. aussi Crim. rej., 28 fév. 1861, S., 61. 1. 671. — Crim. cass. (sol. impl.), 28 avril 1865, D. P., 65. 1. 245. — Crim. cass., 29 fév. 1884, S., 84. 1. 358. — On trouve aussi des applications de ce

456 I. La force majeure peut libérer de toute obligation. La jurisprudence a été appelée à examiner la question à propos d'une espèce intéressante. Il s'agissait de savoir si l'art. 1148 est applicable en matière de contributions indirectes. On sait que le soumissionnaire de l'acquit-à-caution accompagnant, avec le crédit des droits, les spiritueux expédiés à un destinataire, doit rapporter, dans un certain délai, cet acquit valablement déchargé. En fait le destinataire, au moyen de manœuvres criminelles, avait empêché le soumissionnaire de remplir cette obligation. La chambre des requêtes, par son arrêt du 11 mars 1901, a décidé que le soumissionnaire pouvait se prévaloir de la disposition de l'art. 1148 (1).

457. Les évènements imprévus ou qu'il n'est pas au pouvoir de l'homme d'empêcher n'excusent pas toujours l'inexécution d'une obligation ou le retard apporté dans l'exécution.

458. En premier lieu, il n'y a pas, au point de vue juridique, cas fortuit quand l'événement, sans empêcher l'exécution, la rend seulement plus difficile ou plus onéreuse (2).

C'est ainsi qu'un marché passé par un fabricant n'est pas résilié par cas fortuit si la guerre, survenue depuis, n'a pas rendu sa fabrication impossible, alors même qu'elle ne permet d'y procéder que dans des conditions plus défavorables (3).

De même un acheteur est tenu de prendre livraison de la marchandise nonobstant l'interruption partielle causée par l'état de guerre dans les communications, si cette circonstance ne fait pas complètement obstacle à la livraison (4).

De même encore une vente à terme ou à livrer ne peut pas

principe dans Civ. cass., 8 nov. 1881, S., 83. 1. 167, D. P., 82. 1. 54. — Civ. rej., 18 avril 1883, précité.

(1) *Pand. franç.*, 1902. 1. 33 (note Thibault).

(2) Demolombe, XXIV, n. 556; Laurent, XVI, n. 268-269; Planiol, II, 1re édit., n. 244, 2e et 3e édit., n. 232. — Besançon, 5 juil. 1899, S., 1903. 2. 177, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 159. — Req., 11 juillet 1899, D. P., 1900. 1. 374. — Civ. cass., 16 juin 1900, D. P., 1905. 1. 336. — Rapprochez le n. 465 et les autorités citées en note.

(3) Lyon, 4 janv. 1872, S., 73. 2. 38, D. P., 72. 2. 225. — V. dans le même sens, Lyon, 20 juin 1845, S., 46. 2. 362, D. P., 49. 2. 23. — Trib. Seine, 7 déc. 1870, D. P., 70. 3. 116. — Rouen, 19 mai 1871, D. P., 71. 2. 179. — Rennes, 5 juin 1871, S., 71. 2. 175. — Nancy, 14 juil. 1871, S., 73. 2. 38, D. P., 71. 2. 151. — Req., 13 août 1873, S., 74. 1. 74, D. P., 75. 1. 126.

(4) Civ. rej, 19 nov. 1873, S., 74. 1. 430, D. P., 74. 1. 200.

être déclarée résiliée par cela seul que, depuis le contrat, un impôt établi sur un produit nécessaire à la fabrication de la marchandise vendue a augmenté le prix de revient de celle-ci (1).

Voici un dernier exemple que nous empruntons, comme les précédents, à la jurisprudence : l'insuccès d'une tournée théâtrale ne doit pas être considéré comme un cas de force majeure qui dégage le directeur des obligations par lui contractées envers les artistes de sa troupe (2).

On voit, par ce qui précède, que la libération du débiteur par la force majeure est simplement une conséquence de la règle qu'à l'impossible nul n'est tenu (3).

459. Mais, en supposant qu'un événement fortuit ait simplement rendu l'exécution plus difficile ou plus onéreuse, les juges, s'ils ne peuvent pas déclarer l'obligation éteinte, ne peuvent-ils pas, du moins, la réduire et calculer en conséquence le *quantum* des dommages-intérêts? L'affirmative présente de grands dangers et méconnaît un des principes fondamentaux de notre matière, car elle permet aux tribunaux de limiter arbitrairement la force obligatoire des conventions. Il faut donc la repousser (4).

460. Il n'y a pas, non plus, juridiquement cas de force majeure lorsque l'obstacle apporté à l'exécution par l'événement qui, en lui-même, a le caractère de cas fortuit, a été occasionné par une faute du débiteur survenue avant, pendant ou depuis cet événement. En un mot, le débiteur n'est pas libéré si une faute commise par lui a été la cause occasionnelle de l'inexécution (5).

(1) Caen, 8 juil. 1852, S., 53. 2. 233, D. P., 53. 2. 126. — V. aussi Bordeaux, 26 août 1852, S., 53. 2. 33, D. P., 53. 2. 105. — Rouen, 18 nov. 1852, S., 53. 2. 233, D. P., 53. 2. 126. — Lyon, 8 avril 1853, S., 53. 2. 397, D. P., 53. 5. 469. — Paris, 30 avril 1853, S., 53. 2. 333, D. P., 53. 2. 126. — Civ. cass., 11 mars 1856, D. P., 56. 1. 109. — Civ. rej., 2 avril 1856, *ibid.* — Req., 15 fév. 1859, S., 60. 1. 730, D. P., 59. 1. 355; 27 janv. 1875, S., 75. 1. 357, D. P., 75. 1. 264.

(2) Trib. civ. Seine, 6 mars 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 166.

(3) Trib. civ. Seine, 31 janv. 1896, S., 96. 2. 85.

(4) *Sic* Demolombe, XXIV, n. 560; Laurent, XVI, n. 272. — *Contra* Trib. comm. Rouen, 27 mars 1871, D. P., 71. 1. 54. — Nancy, 14 juill. 1871, précité.

(5) Req., 17 nov. 1868, S., 69. 1. 175, D. P., 69. 1. 126. — Trib. comm. Seine, 2 janv. 1871, D. P., 71. 3. 17. — Paris, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 238, D. P., 72. 2.

Le Code civil renferme des applications de ce principe. V. art. 1807, 1881.

461. Il en résulte que le débiteur est responsable de l'inexécution de l'obligation lorsqu'il était en demeure au moment où le cas fortuit s'est produit, car, suivant un axiome traditionnel, celui qui est en demeure n'est pas exempt de faute. V. art. 1302, al. 1, art. 1929.

Mais, lorsque l'obligation portait sur la livraison d'un corps certain, le débiteur qui était en demeure au moment où est survenu le cas fortuit, n'est pas tenu de dommages-intérêts, si la chose eût également péri chez le créancier en supposant qu'elle lui eût été livrée. Art. 1302, al 2 (1). Cette disposition s'explique par cette considération qu'en pareille hypothèse le débiteur se trouve n'avoir causé aucun préjudice au créancier, et que, par suite, un des éléments essentiels pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts fait défaut.

462. De ce que le débiteur est responsable quand il a été en faute avant, pendant ou depuis le cas fortuit, il résulte qu'à plus forte raison il est tenu des dommages-intérêts lorsque c'est lui qui a provoqué un événement de cette nature, notamment le fait du prince (2).

463. Enfin le débiteur n'est pas davantage libéré par force majeure lorsqu'il a pris les cas fortuits à sa charge.

145. — Req , 19 nov. 1872, S., 72. 1. 434, D. P., 73. 1. 215. — Rennes, 7 janv. 1873 (motifs), S., 73. 2. 273, D. P., 74. 5. 98. — Req. (2 arrêts), 4 août 1884, S., 85. 1. 316, D. P., 85. 1. 454. — Cpr. Req., 9 janv. 1884, S., 84. 1. 163, D. P., 84. 1. 194.

(1) Rapprochez art. 1042, al. 2.

(2) *Sic* Larombière, I, p. 28 (art. 1148, n. 21); Demolombe, XXIV, n. 557. — Dans son arrêt du 4 mai 1842, la chambre des requêtes, après avoir posé en principe que le *fait du prince* constitue un cas fortuit, a le soin d'ajouter : « alors que cette volonté du prince s'est accomplie par sa vertu propre, sans le concours ni l'adhésion de ceux sur lesquels elle s'est étendue ». S., 42. 1. 618, D. P., 42. 1. 222. — V. aussi Civ. rej., 18 avril 1883 (chemin de fer des Charentes contre Daviaud), S., 83. 1. 361, D. P., 84. 1. 25; 18 avril 1883 (chemin de fer des Charentes contre Jayet et Porges), S., 83. 1. 441, D. P., 84. 1. 25. — Dans les espèces sur lesquelles ont été rendus ces deux arrêts, le *fait du prince* consistait dans le rachat par l'Etat du réseau de la compagnie des chemins de fer des Charentes, et la cour d'appel avait constaté, *par une appréciation souveraine de certaines circonstances de fait*, que cette compagnie n'avait nullement subi le rachat qu'elle opposait comme force majeure, mais qu'elle l'avait *sollicité et librement consenti*. — *Adde* Bordeaux, 24 déc. 1833, D. P., 34. 2. 70. — Civ. cass., 8 janv. 1851, S., 51. 1. 106, D. P., 51. 1. 7. — Civ. rej., 3 juil. 1893, S., 96. 1. 67, D. P., 93. 1. 594.

Le législateur, dans plusieurs articles du Code civil, reconnaît que cette stipulation est licite. V. art. 1302, al. 2, et art. 1772 et 1773. Il y a même certaines hypothèses où la loi, interprétant l'intention des parties, sous-entend cette clause dans un contrat. V. art. 1822, 1825, 1881-1883 (1).

Au surplus, en l'absence de ces diverses dispositions particulières, la validité de la stipulation dont il s'agit n'eût pas été douteuse, car elle est une conséquence du principe général que la convention fait la loi des parties. Art. 1134 (2).

Mais, en dehors des cas où, par exception, le législateur l'a insérée de plein droit dans un contrat, cette stipulation ne peut résulter que d'une clause expresse (arg. art. 1772), ce qui, évidemment, ne veut point dire qu'elle suppose l'emploi d'une formule sacramentelle (3).

464. D'ailleurs, lorsque le débiteur prend à sa charge les cas de force majeure, cette clause n'a pas toujours des effets aussi étendus, et le doute qui peut exister relativement à sa portée doit, par application de la disposition de l'art. 1162, s'interpréter en faveur du débiteur. La loi elle-même, prévoyant l'hypothèse où le fermier a consenti à supporter les conséquences de la force majeure, décide que cette stipula-

(1) Dans certains autres cas ce n'est point en se fondant sur la volonté vraisemblable des parties, mais en se plaçant à un point de vue tout différent, que la loi rend le débiteur responsable des cas fortuit. V. art. 1302, al. 4, art. 1379.

(2) Il est cependant un contrat dans lequel le législateur a interdit la convention dont nous parlons. C'est le cheptel simple. Les parties ne peuvent pas mettre à la charge du preneur la perte totale du cheptel arrivée par cas fortuit. Art. 1811, al. 2. Telle était déjà la décision de la cout. du Berry, art. 11, tit. *Des cheptels*. — Cpr. Pothier, *Des cheptels*, n. 24. — Il est également défendu de convenir que le preneur supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit. Art. 1811, al. 3. — V. dans le même sens Coutume du Nivernais, n. 15. — Pothier, *op. cit.*, n. 25. — Ces deux dispositions, ainsi d'ailleurs que toutes celles qui ont trouvé place dans l'art. 1811, s'expliquent par l'état de dépendance dans lequel le cheptelier se trouve par rapport au bailleur. Le législateur a pensé que, s'il ne restreignait pas de la sorte la liberté des conventions dans le contrat de cheptel, des hommes pauvres et inexpérimentés subiraient, pour obtenir l'exploitation, les exigences les plus abusives des propriétaires. — V. Marcadé, VI, sur l'art. 1811, I; Troplong, *Louage*, II, n. 1113-1116; Guillouard, *Louage*, II, n. 928-930.

(3) Toullier, VI, n. 228; Duranton, X, n. 467; Troplong, *Vente*, I, n. 464 s.; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 400, § 549, note 2; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 101, 5e édit., p. 169; Larombière, II, p. 11 (art. 1148, n. 5); Demolombe, XXIV, n. 554; Laurent, XVI, n. 227. — Cons. d'Etat, 27 nov. 1835, D. *Rép.*, v° *Octroi*, n. 85.

tion concerne exclusivement les cas fortuits *ordinaires*, tels que grêle, feu du ciel, gelée et coulure, et qu'elle n'est pas relative aux cas fortuits *extraordinaires*, tels que la guerre ou les inondations, alors que celles-ci ne sont pas fréquentes dans le pays, à moins que le fermier ne se soit chargé des cas de force majeure *prévus* ou *imprévus*. Art. 1772 et 1773 (1). Cette disposition n'est qu'une application du principe général écrit dans l'art. 1162, et, par conséquent, les juges pourraient, dans d'autres hypothèses, faire la même distinction et limiter, s'il y avait lieu, les effets de la clause aux cas fortuits prévus ou ordinaires (2).

465. Même en supposant qu'à raison d'un événement qui ne lui est pas imputable, le débiteur n'ait pas pu exécuter l'obligation dans le délai convenu et qu'en outre il n'ait pas pris à sa charge les cas fortuits, l'obligation ne sera pas toujours éteinte. Si, en effet, dans l'intention des parties, la clause qui déterminait un délai pour l'exécution n'était pas essentielle, et si l'obligation est de nature à pouvoir être exécutée dans la suite, l'effet de la force majeure n'est pas résolutoire et absolu, mais seulement dilatoire (3).

(1) Sur la mesure dans laquelle le fermier supporte le préjudice résultant des ravages de la guerre, quand il a pris à sa charge les cas fortuits extraordinaires ou imprévus, v. Guillouard, *Louage*, II, n. 586. — Le fermier qui a consenti à supporter les cas fortuits « quels qu'ils soient », doit être traité comme s'il s'était chargé des cas fortuits prévus ou imprévus. — Bordeaux, 14 déc. 1830, S., 31. 2. 102. — Dans l'ancien droit, on distinguait, au point de vue des clauses prévues par les art. 1772 et 1773, trois catégories de cas fortuits : les cas fortuits ordinaires, *soliti;* extraordinaires, *insoliti;* et très extraordinaires, *insolitissimi*. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édit., I, n. 406.

(2) Demolombe, XXIV, n. 554. — En droit romain, on distinguait aussi les cas fortuits *ordinaires* et les cas fortuits *extraordinaires*. Mais on donnait à ces termes un sens différent. Les cas fortuits extraordinaires, qu'on désignait par les expressions *major casus, vis major, fatale damnum, vis divina*, étaient ceux que l'on considérait comme ne pouvant être conjurés, par exemple les tremblements de terre, les vols à main armée, l'invasion ennemie. Dans certaines hypothèses, les débiteurs répondaient des cas fortuits ordinaires, mais non des autres. — V. Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e édit., II, p. 446, note 1, p. 308, 335 et 369, note 1.

(3) *Sic* Laurent, XVI, n. 270-271 ; Huc, VII, n. 144. — Req., 13 fév. 1872, S., 72. 1. 60, D. P., 72. 1. 186. — Besançon, 21 fév. 1872, joint à Req., 19 nov. 1872, S., 72. 1. 434, D. P., 73. 1. 215. — Civ. cass., 15 fév. 1888, S., 88. 1. 456, D. P., 88. 1. 203. — Cpr. Rouen, 5 juin 1871, D. P., 71. 2. 78. — Nancy, 14 juil. 1871 (motifs), S., 73. 2. 38, D. P., 71. 2. 151.

466. L'application des règles que nous venons d'exposer suppose la preuve de certains faits. Quand le débiteur n'exécute pas l'obligation, le créancier, outre l'existence même de sa créance, n'est tenu d'établir, à l'appui de sa demande en dommages-intérêts, que le préjudice causé par l'inexécution. Art. 1315, al. 1. Si le débiteur allègue qu'il n'a pu, à raison d'un cas de force majeure, remplir son engagement, il lui incombe de justifier de cette impossibilité. Art. 1147. Si, en supposant cette preuve faite, le créancier prétend que le cas fortuit a été précédé, accompagné ou suivi d'une faute du débiteur, c'est à lui d'établir celle-ci. Arg. art. 1808 (1).

467. Il est des cas où la détermination de la preuve qui incombe au débiteur soulève une question délicate. C'est ce qui arrive lorsque l'inexécution de l'obligation est la conséquence d'un incendie, d'un vol commis par un tiers ou, plus généralement, d'un fait qui peut avoir, mais qui n'a pas nécessairement le caractère de force majeure. Nous retrouverons cette question quand nous parlerons de l'extinction de l'obligation par la perte de la chose due (2).

467 I. Un industriel peut-il échapper aux conséquences de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'un marché en invoquant comme un cas de force majeure une grève qui l'aurait empêché de remplir son engagement? C'est encore dans notre étude des modes d'extinction des obligations, à propos de l'impossibilité d'exécuter, que nous essaierons de résoudre ce problème (3).

III. *De la demeure.*

468. La troisième condition requise pour que l'inexécution d'une obligation donne lieu à des dommages et intérêts, c'est que le débiteur soit en demeure. L'art. 1146 dit à ce sujet : « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débi-* » *teur est en demeure de remplir son obligation, excepté*

(1) Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 104, 5e éd., p. 169; Larombière, II, p. 19 (art. 1148, n. 19); Demolombe, XXIV, n. 561; Laurent, XVI, n. 278.

(2) V. notre tome III, n. 1923.

(3) V. notre tome III, n. 1924.

» *néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de* » *donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que* » *dans un certain temps qu'il a laissé passer* ».

Dans notre droit, de même qu'en droit romain, on entend par *demeure,* un retard imputable au débiteur et qui a été constaté officiellement. Ainsi, chez nous, comme à Rome, la faute du débiteur est un des éléments de la demeure. Quant à la constatation officielle du retard, elle s'opère, comme nous l'avons dit plus haut, à l'aide d'une interpellation émanée du créancier (sommation ou autre acte équivalent) (1). Tant que le créancier n'a pas accompli cet acte de rigueur, la loi suppose que le retard ne lui est pas préjudiciable, et qu'il autorise tacitement le débiteur à prendre son temps (2). Voilà pourquoi elle exige que le créancier mette le débiteur en demeure, pour avoir droit à des dommages et intérêts.

Nous avons dit qu'en principe la mise en demeure ne résulte pas de la simple échéance du terme. Nous démontrerons plus tard l'exactitude de cette proposition (3).

468 I. La mise en demeure n'est pas seulement nécessaire pour que le créancier puisse réclamer les dommages-intérêts mais bien pour qu'il ait droit à ceux-ci. C'est par conséquent l'interpellation, et non pas le fait même du préjudice, qui engendre le droit à une réparation. Ce point est d'une haute importance, le dommage précédant ordinairement la signification de la sommation ou de l'acte équivalent. Il résulte de ce principe que le créancier n'a pas droit à une indemnité pour le préjudice subi par lui antérieurement à la mise en demeure du débiteur. D'ailleurs, dans le système du Code, le créancier, tant qu'il n'adresse pas au débiteur une sommation ou un acte équivalent, est considéré comme n'étant pas lésé par le retard apporté par le débiteur dans l'exécu-

(1) V. *supra*, n. 426. — En matière commerciale, d'après la jurisprudence et certains auteurs, l'envoi d'une lettre missive ou d'un télégramme constitue, comme nous l'avons vu, une mise en demeure suffisante, notamment au point de vue des dommages-intérêts. V. *supra*, n. 427-I.

(2) V. *supra*, n. 427.

(3) V. notre tome II, n. 1001.

tion. Donc, au point de vue légal, le préjudice antérieur à la mise en demeure n'existe pas (1).

469. Et toutefois la règle qu'une interpellation est requise pour que le créancier ait droit à des dommages-intérêts comporte deux exceptions :

La première a lieu lorsqu'il existe un texte déclarant que le débiteur sera en demeure indépendamment de toute interpellation. On en trouve un exemple dans l'art. **1145**, que nous connaissons déjà, et aux termes duquel le débiteur, qui contrevient à une obligation de ne pas faire, doit des dommages et intérêts *par le seul fait de la contravention* (2). Voyez aussi les art. **1302**, al. **4**, **1378-1379** et **1657**;

La deuxième exception a lieu lorsqu'il a été convenu entre les parties que le débiteur serait de plein droit en demeure indépendamment de toute interpellation. Cette convention peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse lorsque le contrat porte que, « sans qu'il » soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le » débiteur sera en demeure » (art. **1139** *in fine*), ou toute autre formule équivalente; car, bien entendu, celle-là n'a rien de sacramentel.

Elle est tacite lorsque l'obligation ne peut être exécutée utilement que dans un certain temps (art. **1146** *in fine*), comme si je donne mandat à un avoué d'interjeter appel en mon nom et qu'il laisse passer le délai (3).

De même il a été très bien jugé que le banquier qui s'est engagé à payer une certaine somme pour l'achat d'une marchandise à livrer et qui n'a pas rempli cette obligation peut, sans interpellation préalable, être condamné à des dommages-intérêts si, ayant laissé passer le temps dans lequel les

(1) V. dans ce sens Colmet de Santerre, V, n. 62 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 95, note 2, 5e édit., p. 150, note 2; Demolombe, XXIV, n. 516; Laurent, XVI, n. 242; Planiol, II, 1re édit., n. 272, 2e et 3e édit., n. 226. — Civ. rej., 11 janvier 1892, S., 92. 1. 117, D. P., 92. 1. 257. — *Contra* Larombière, II, p. 2 (art. 1146, n. 3).

(2) V. *supra*, n. 444.

(3) V. Pothier, *Oblig.*, n. 147; Marcadé, IV, n. 539; Colmet de Santerre, V, n. 62 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 96, 5e édit., p. 151; Larombière, I, p. 501 (art. 1139, n. 8); Demolombe, XXIV, n. 521; Laurent, XVI, n. 239.

avances pouvaient être faites, il a causé la résiliation du marché [1].

L'art. 1146 *in fine* dit qu'en pareil cas les dommages et intérêts sont dus sans qu'il soit nécessaire que le débiteur soit en demeure; il eût été plus exact de dire : *sans qu'il soit nécessaire que le débiteur ait été interpellé,* car il se trouve en demeure par l'effet de la convention tacite dont nous venons de parler [2].

470. L'application de cette disposition soulève en matière de bail une question délicate. On sait qu'aux termes de l'art. 1720, « le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce » et qu' « il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives ». Doit-il, de plein droit et sans interpellation, les dommages-intérêts faute d'avoir fait exécuter les réparations qui lui incombent? Jusque dans ces dernières années, la jurisprudence, représentée notamment par un arrêt de la chambre civile du 15 déc. 1880, paraissait fixée dans le sens de l'affirmative [3]. Mais, par

(1) Req., 12 mars 1877, S., 78. 1. 293.

(2) Cpr. Marcadé, *loc. cit.*

(3) Civ. cass. (rej. sur ce moyen), 15 déc. 1880, S., 81. 1. 170, D. P., 81. 1. 37.— V. aussi dans le même sens Rennes, 24 fév. 1815, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 759-1°, note 1. — Cpr. Civ. rej., 16 mars 1853, S., 53. 1. 361, D. P., 53, 1. 101.— Pau, 17 mai 1865, S., 65. 2. 199. Mais, si, dans cette dernière décision, la cour de Pau se prononce comme nous, elle se fonde sur un motif que nous ne saurions admettre. Statuant sur une espèce où le bailleur avait promis de faire opérer un certain travail dans les lieux loués et où il n'avait pas rempli cet engagement, elle décide que les dommages-intérêts sont dus nonobstant le défaut de mise en demeure, parce qu'il ne s'agissait pas d'une obligation ordinaire de faire, mais bien d'une promesse qui avait influé sur la détermination du prix du bail. A notre avis, la cour de Pau ne s'est pas placée au véritable point de vue, et le motif qu'elle donne est insuffisant. Dans les contrats synallagmatiques, les obligations de chacune des parties sont toujours, en ce qui concerne leur importance, calculées d'après les obligations de l'autre, et il faudrait dire, par conséquent, que, dans tous les contrats de cette nature, il n'est pas besoin de mise en demeure pour que l'une des parties doive des dommages-intérêts à raison du retard apporté par elle dans l'exécution de l'un de ses engagements. Or, la cour de Pau, nous en sommes persuadé, reculerait devant cette proposition générale. — La cour de Douai a admis une distinction qu'il nous paraît impossible de justifier. Lorsqu'un bailleur est en retard de faire opérer, ainsi qu'il s'y est engagé par une clause du bail, certains travaux sur l'immeuble loué, le preneur peut, sans l'avoir mis en demeure de faire procéder à ces travaux, retenir sur le montant des loyers une somme repré-

une décision du 11 janvier 1892, la chambre civile a jugé, conformément à la règle écrite dans l'art. 1146, qu'un bailleur ne devait des dommages-intérêts, à raison du préjudice causé à son fermier par l'inexécution de grosses réparations, que s'il avait été mis en demeure (1). Nous estimons que la cour suprême aurait dû maintenir sa première solution. L'obligation qui incombe au bailleur de faire exécuter les réparations indiquées plus haut, n'est qu'une conséquence et, pour ainsi dire, un aspect de l'obligation qu'il a contractée de procurer au preneur, pendant toute la durée du bail, une jouissance continue et effective. Art. 1719-3°. L'inexécution de la première de ces obligations suppose forcément celle de la seconde. Or, non seulement l'obligation de faire jouir le preneur est successive, mais son exécution ne saurait être intermittente. A chaque moment de la durée du bail, il est dû une partie correspondante de jouissance, qui ne peut plus être procurée quand ce moment est passé. En un mot, l'exécution de l'obligation dont nous parlons, si elle n'est pas continue, ne saurait être complète. Nous sommes donc bien ici dans les termes de l'exception prévue par la fin de l'art. 1146. Il va sans dire, d'ailleurs, que si de grosses réparations ou des réparations d'entretien deviennent nécessaires au cours du bail, le preneur doit en prévenir le bailleur; mais il suffit pour cela d'un avertissement donné en une forme quelconque, fût-ce verbalement. Il n'est pas besoin qu'à cet effet le preneur adresse au bailleur une sommation ou autre acte équivalent (2).

sentant le préjudice que lui cause le retard dans l'exécution de son obligation. Mais, si le montant des loyers ne suffit pas pour l'indemniser, le preneur doit interpeller le bailleur conformément à la disposition de l'art. 1139. Douai, 24 mars 1847, S., 48. 2. 189, P., 48. 2. 88. A nos yeux l'exception admise par l'art. 1146 *in fine* est applicable, quelle que soit l'importance des dommages-intérêts, leur chiffre dépassât-il celui des loyers. Nous ne croyons pas qu'il soit possible de découvrir une base juridique à la distinction faite par la cour de Douai.

(1) Civ. rej., 11 janv. 1892, S., 92. 1. 117, D. P., 92. 1. 257.

(2) V. dans ce sens une note très judicieuse de M. Marcel Planiol sous l'arrêt précité du 11 janv. 1892 dans D. P., 92. 1. 257. — M. Guillouard donne la même solution, mais sans la motiver autrement que par un simple renvoi à la jurisprudence. *Louage*, I, n. 108. — Mais voyez en sens contraire Huc, X, n. 292; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re édit., n. 249, 2e édit., n. 332.

471. Les juges du fond ont un pouvoir d'appréciation souverain pour constater si, eu égard à l'objet de l'obligation et aux circonstances de fait, le débiteur ne pouvait accomplir la prestation promise que dans un délai qu'il a laissé passer sans l'exécuter (1).

Mais il importe de faire la remarque suivante : L'exception formulée à la fin de l'art. 1146 suppose, non pas simplement que l'exécution n'a été possible qu'à partir d'un certain moment, mais bien qu'une certaine époque étant passée, elle est devenue impossible.

Si donc les juges du fond se bornaient à déclarer que l'obligation n'a pas pu être remplie avant une époque par eux déterminée et s'ils appliquaient, néanmoins, dans l'espèce, la disposition finale de l'art. 1146, leur décision pourrait être censurée par la cour suprême. En nous prononçant ainsi, nous ne méconnaissons point le pouvoir souverain d'appréciation qu'ont les tribunaux relativement à la constatation du fait que vise l'exception prévue par l'art. 1146. Sans doute, la décision qui affirme l'existence de ce fait échappe au contrôle de la cour régulatrice. Mais ici, par hypothèse, cette affirmation ne se rencontre pas, et c'est précisément faute de la renfermer que la décision des juges du fond est sujette à cassation (2).

(1) Demolombe, XXIV, n. 251 ; Laurent, XVI, n. 239. — Arrêts précités du 13 fév. 1872 et du 12 mars 1877.

(2) On ne saurait donc, à notre avis, approuver ce raisonnement que nous trouvons dans un arrêt de la cour de cassation : « Attendu... que l'art. 1146 Cod. nap. dispose, par exception, que les dommages-intérêts sont dus lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ; que, dans l'espèce, l'auteur des demandeurs avait vendu sa récolte de houblon pendant les trois années 1854, 1855 et 1856 ; *que, par sa nature, une pareille livraison ne pouvait être faite qu'après que la récolte avait été détachée du sol, et que cette époque constituait par elle-même le débiteur en demeure de livrer la chose vendue* ». — Req., 23 fév. 1858, S., 58. 1. 599, D. P., 58. 1. 390. — Au point de vue juridique, il nous paraît impossible d'expliquer comment la conclusion renfermée dans la dernière phrase s'enchaîne à la proposition qui la précède. Laurent a donc raison de critiquer cet arrêt, XVI, n. 239.

La cour de cassation a également décidé que, lorsqu'une vente de récoltes sur pied a été consentie pour plusieurs années, la livraison doit se faire sans qu'il soit besoin de mises en demeure successives et répétées. Et, dans ce même arrêt, la cour suprême relève cette circonstance que, dans l'espèce, le vendeur avait été

472. La mise en demeure suppose que l'exécution de l'obligation est encore possible; car elle n'est qu'une demande d'exécuter, accompagnée de cet avertissement que le créancier considère tout retard comme lui étant préjudiciable et entend en rendre le débiteur responsable. La mise en demeure n'est donc pas nécessaire lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par la faute ou par le fait du débiteur, comme s'il a laissé périr la chose due, faute de remplir l'obligation dont il était tenu de veiller à sa conservation. Dans ce cas, les dommages et intérêts sont dus de plein droit au créancier; il ne reste plus qu'à les faire liquider. C'est ce qu'on peut induire, au surplus, de l'art. 1145, aux termes duquel le seul fait de la contravention à une obligation de ne pas faire, rend le débiteur passible de dommages et intérêts : dans toute obligation, le débiteur s'engage tacitement à ne rien faire qui rende impossible l'exécution de l'obligation; si donc il contrevient à cette obligation, les dommages et intérêts seront dus de plein droit.

D'ailleurs, l'exception même que l'art. 1146 apporte au principe par lui posé fournit aussi un argument dans notre sens : Lorsque l'obligation, par sa nature, ne pouvait être remplie que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer, il y a, en réalité, inexécution définitive, et non pas simplement retard dans l'exécution, et c'est pourquoi le créancier est dispensé, dans ce cas, de l'interpellation [1].

sommé de livrer la récolte de la première année. — Civ. cass. (rej. sur ce moyen), 8 mars 1881, S., 81. 1. 257, D. P., 81. 1. 198. — Il semble donc résulter de cette décision que, d'après la cour suprême, si l'acheteur des récoltes de plusieurs années est dispensé, pour avoir droit à des dommages-intérêts à raison du retard apporté dans les livraisons successives, d'adresser au vendeur une interpellation chaque année, il est, du moins, tenu de le mettre en demeure une fois pour toutes. En admettant que telle soit bien sa pensée, nous disons que la cour de cassation exige trop ou n'exige pas assez. Il n'est besoin d'aucune interpellation, ou il en faut plusieurs. Si une mise en demeure est nécessaire, nous ne voyons pas pourquoi il ne faudrait pas, chaque année, une nouvelle interpellation. La mise en demeure signifiée la première année doit forcément précéder l'époque où l'acheteur pourra demander la livraison des récoltes ultérieures. C'est seulement lorsqu'arrivera le moment d'enlever celles-ci que l'acheteur pourra, par une interpellation spéciale, acquérir le droit à de nouveaux dommages-intérêts.

(1) Cpr. Larombière, II, p. 6 (art. 1147, n. 3); Laurent, XVI, n. 251-252; Huc, VII, n. 141 *in fine*, p. 200; Planiol, II, 1re éd., n. 238 3o, 2e et 3e éd., n. 227-3o. —

Mais, pour que la mise en demeure ne soit pas nécessaire, il ne suffit pas qu'il s'agisse d'intérêts compensatoires. Il faut que l'exécution soit devenue impossible en totalité ou en partie, et, par là, nous entendons qu'il doit y avoir un obstacle matériel et définitif à cette exécution, et non pas simplement un empêchement moral résultant de la mauvaise volonté du débiteur. Il faut, en un mot, que désormais l'exécution ne puisse pas avoir lieu, le débiteur voulût-il l'accomplir.

Ainsi, lorsque l'obligation demeure inexécutée par suite de l'abstention systématique, du refus définitif opposé par le débiteur, les dommages-intérêts, bien que, dans ce cas, ils soient compensatoires, ne seront dus que moyennant une mise en demeure préalable. C'est qu'ici, en effet, l'interpellation a sa raison d'être : elle a un but; au moment où on l'adresse au débiteur, on n'est jamais certain que cet acte énergique ne vaincra pas sa résistance. Il est tout naturel que le créancier signifie au débiteur sa volonté d'obtenir l'exécution, lorsque satisfaction peut lui être donnée (1).

Req., 19 juill. 1843, S., 44. 1. 236, Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 752, note 2. — Civ. cass., 15 déc. 1880, S., 81. 1. 170, D. P., 81. 1. 37. — V. cependant Civ. rej., 11 janvier 1892, S., 92. 1. 117, D. P., 92. 1. 257 (note de Planiol). — Avant la publication de l'ouvrage de Larombière (1857), tous les auteurs exigeaient la mise en demeure, sans distinguer entre l'inexécution définitive et le simple retard dans l'exécution de l'obligation Il en était de même de la jurisprudence, sauf l'exceplion que nous venons de trouver dans l'arrêt du 19 juill. 1843.— V. Aubry et Rau, IV, 4e éd., p 94 et 95, 5e éd., p. 149-150; Colmet de Santerre, V, n. 62 *bis* II. — Cette première interprétation était, croyons-nous, inexacte. Si Pothier, à qui les rédacteurs du Code ont emprunté la disposition de l'art. 1146, ne faisait pas la distinction en termes formels, elle était, du moins, dans son esprit. Après avoir expliqué qu'ordinairement la mise en demeure se fait par une demande en justice, il ajoute : « Le juge, sur cette demande, prescrit un certain temps dans lequel le débiteur *sera tenu de faire ce qu'il a promis;* et *faute par lui de le faire dans ledit temps*, il le condamne aux dépens, dommages-intérêts ». *Oblig.*, n. 146. Ces paroles ne prouvent-elles pas que, dans l'idée de Pothier, lorsqu'il y a mise en demeure, l'exécution est encore possible? D'ailleurs, un passage de l'*Exposé des motifs* de notre titre montre que la distinction que nous faisons était admise par les auteurs du Code : « Les dommages-intérêts, dit Bigot-Préameneu, peuvent être dus non seulement à raison de l'inexécution, mais encore à raison du simple retard. Il faut, *dans ce dernier cas,* que le débiteur soit en demeure... » Locré, XII, p. 329, n. 40; Fenet, XIII, p 232. L'*Exposé des motifs* suppose donc que la mise en demeure n'est pas requise dans le premier cas, c'est-à-dire dans le cas d'inexécution définitive.

(1) Planiol, II, 1re édit., n. 238-1°, 3e édit., n. 227-1°.

473. La règle que les dommages-intérêts ne sont dus qu'en vertu d'une mise en demeure, est inapplicable, nous le savons, en matière de responsabilité naissant de délits ou de quasi-délits [1].

§ II. *De l'évaluation des dommages et intérêts.*

474. Les règles du droit commun dans cette matière sont contenues dans les art. 1149 à 1151. Une exception fort importante, relative aux dommages et intérêts dus à raison de retard dans l'exécution de l'obligation de payer une somme d'argent, est gouvernée par la disposition de l'art. 1153. Etudions successivement la règle et l'exception.

I. *Le droit commun.*

475. Aux termes de l'art. 1149 : « *Les dommages et intérêts* » *dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et* » *du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifica-* » *tions ci-après* ».

= *De la perte qu'il a faite :* C'est le *damnum emergens.*

= *Du gain dont il a été privé :* c'est le *lucrum cessans.*

L'exemple suivant, que nous empruntons à Colmet de Santerre, met très bien en relief ce double élément des dommages et intérêts. Un entrepreneur de fêtes publiques traite avec un chanteur pour qu'il vienne donner un concert ; l'artiste manque à sa parole, et le concert ne peut avoir lieu. Les dommages et intérêts dus à l'entrepreneur comprendront : d'abord l'indemnité des dépenses de toute nature qu'il a faites en pure perte, frais de location de la salle, d'affiches, de publications dans les journaux... ; c'est le *damnum emergens ;* puis l'indemnité du bénéfice que l'entrepreneur aurait

[1] Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 396, § 547, note 2 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 94, note 1, et p. 750, 5e édit., p. 149, note 1 ; Larombière, II, p. 4 (art. 1146, n. 4) ; Massé, *Droit comm.*, III, n. 1657 ; Demolombe, XXIV, n. 545 ; Huc, VII, n. 120. — Civ. rej., 30 janv. 1826, S. chr., VIII. 1. 270, Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 239-1°. — Req., 8 mai 1832, S., 32. 1. 398. — Civ. cass., 30 nov. 1858, S., 59. 1. 251, D. P., 59. 1. 20. — Req., 31 mai 1865, S., 66. 1. 166, D. P., 66. 1. 26 ; 4 fév. 1868, S., 68. 1. 411, D. P., 68. 1. 271. — Cpr. Req., 18 fév. 1874, S., 75. 1. 112, D. P., 74. 1. 309.

probablement réalisé sur le prix des places, tous frais déduits : c'est le *lucrum cessans* (1).

Si les dommages et intérêts ne pouvaient pas comprendre ces deux éléments, ils n'atteindraient pas leur but qui est de mettre le créancier dans la même situation que si l'obligation avait été exécutée. Le principe contenu dans l'art. **1149** est donc essentiel. Il était posé très nettement par le droit romain (2), et il est admis expressément (3) ou implicitement par toutes les législations modernes.

476. Les dommages et intérêts comprenant les deux éléments que nous venons d'indiquer, le créancier qui réclame l'indemnité doit établir non seulement le montant de la perte par lui subie, mais encore celui du gain dont il a été privé, En tant qu'elle est relative au gain, la preuve, il est vrai, sera souvent très difficile, mais ce n'est pas une raison suffisante pour que le demandeur en soit dispensé (4).

477. Par définition, les dommages-intérêts supposent essentiellement un préjudice. Toutefois il est permis aux tribunaux d'allouer, d'une manière ferme et définitive, des dommages-intérêts pour chaque jour de retard dans l'exécution d'une obligation. Mais, en pareille hypothèse, ils doivent motiver leur décision par la constatation d'une faute et par l'évaluation du préjudice futur (5). Il faut donc qu'ils aient, d'ores et déjà, les éléments nécessaires pour la fixation des dommages-intérêts (6). De plus, lorsqu'ils prononcent une condamnation de cette nature, ils ne peuvent pas revenir plus tard sur leur décision (7).

478. Nous arrivons à l'examen d'une question que nous

(1) Colmet de Santerre, V, n. 65 *bis*.

(2) L. 13, D., *Ratam rem haberi*, XLVI, 8 : « *Quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* » (Paul).

(3) C. civ. ital., art. 1227. — C. civ. portug , art. 705-706. — C. civ. esp., art. 1106. — C. civ. allem., art. 249 et 252.

(4) Cpr. Laurent, XVI, n. 283, p. 343.

(5) Demolombe, XXIV, n. 496; Huc, VII, n. 145, p. 205. — Civ. rej., 24 janv. 1864, S., 64. 1. 84. — Req., 14 juil. 1874, S., 76. 1. 448, D. P., 75. 1. 460. — Douai, 28 nov. 1873, D. P., 75. 2. 31. — Aix, 12 août 1876, D. P., 77. 2. 175.

(6) Req., 15 mars 1892, S., 92. 1. 309, D. P., 92. 1. 303. — Cpr. Bruxelles, 5 août 1880, D. P., 82. 2. 81.

(7) Cpr. Req., 9 janv. 1889, S., 89. 1. 264, D. P., 91. 1. 128.

avons indiquée à propos des obligations de faire, mais qui peut se poser aussi relativement aux obligations de donner dans le cas où le débiteur diffère de délivrer la chose. Il s'agit de la théorie des *astreintes* (1), créée par la pratique (2).

D'après la jurisprudence, les tribunaux peuvent, pour contraindre le défendeur à acquitter sa dette, le condamner à payer au demandeur, par chaque jour, mois ou année de retard, plus généralement par chaque unité de temps qu'ils déterminent suivant l'espèce, des dommages-intérêts supérieurs au montant du préjudice causé par le retard dans l'exécution, au cas où celle-ci n'aurait pas lieu dans le délai par eux fixé (3).

Les condamnations dont nous parlons sont purement comminatoires. Ce sont de simples menaces qui ont pour but de contraindre le débiteur à l'exécution. Si celui-ci défère à l'injonction, même après le délai donné, le juge prétend avoir le

(1) V. sur cette importante matière Meynial, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, Rev. prat. de dr. franç.* (1884), LVI, p. 385; Massin, *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire* (thèse, Paris, 1893); Tournier, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine* (thèse, Montpellier, 1896); Croissant, *Des astreintes* (thèse, Paris, 1898); Berryer, *Des astreintes* (thèse, Paris, 1903); Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim. de dr. civil,* 2e année (1903), p. 5-53; Planiol, 3e éd., II, n. 207-212.

(2) L'expression *astreinte* n'a fait son apparition dans les arrêts de la cour suprême qu'à une date récente. Civ. rej., 20 mars 1889, S., 92. 1. 565, D. P., 89. 1. 382. — Req., 1er déc. 1897, S., 99. 1. 174, D. P., 98. 1. 289.

(3) La cour de cassation est allée jusqu'à admettre que l'astreinte peut être prononcée alors même que le retard dans l'exécution n'est susceptible de causer aucun préjudice. Req., 29 janv. 1834, S., 34. 1. 129, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1362. — D'après M. Meynial, les tribunaux n'useraient de la contrainte indirecte que lorsque le fait, objet de l'obligation, n'est pas personnel au débiteur, à moins qu'il ne s'agisse d'une obligation légale, c'est-à-dire d'une de ces obligations qui découlent de certains rapports de famille, notamment du mariage et de la paternité. — *Op. cit.*, p. 451 *in fine* à 453. — Mais, à notre avis, l'étude de la jurisprudence conduit à constater que les juges ne font nullement cette distinction. Certains arrêts ont appliqué les astreintes à des cas d'obligations personnelles. — V. Orléans, 3 déc. 1859, D. P., 60. 2. 9. — Req. 28 déc. 1886, S., 87. 1. 112. — Req., 23 juill. 1889, D. P., 91. 1. 31. — D'ailleurs, la distinction que M. Meynial attribue à la jurisprudence serait bien peu rationnelle : Pourquoi réserver l'usage de la contrainte indirecte pour les cas où l'on peut, sans recourir à elle, obtenir l'exécution en nature et où, par conséquent, elle ne présente pas d'utilité réelle ?

droit soit de réduire le chiffre des dommages-intérêts, soit d'en faire remise totale [1].

Lorsque la condamnation ne réussit pas à vaincre la résistance du débiteur, le taux de l'astreinte peut être élevé par le juge du degré supérieur [2] ou même par le juge qui a prononcé la condamnation [3].

Pour donner une base légale à celle-ci, la jurisprudence la présente souvent comme une application de la théorie des dommages-intérêts [4]. Mais il lui arrive aussi de la considérer simplement comme un moyen de contrainte [5].

La cour suprême a déclaré plusieurs fois que les condamnations à des dommages-intérêts pour retard futur dans l'exécution des obligations peuvent être prononcées soit à titre définitif, soit à titre provisoire. En conséquence, elle rejette les pourvois formés contre les arrêts qui maintiennent ces condamnations en appréciant qu'elles étaient fermes et irrévocables [6], et elle rejette aussi les pourvois formés contre les décisions qui rapportent ou modifient ces condamnations en déclarant qu'elles étaient simplement comminatoi-

(1) Paris, 16 mai 1840, et, sur pourvoi, Req., 22 nov. 1841, S., 42. 1. 170, D., *Rép. alph.*, v° *Jugement*, n. 321-2°. — Nancy, 16 août 1844, D., *Rép. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 390. — Douai, 5 déc. 1849, D. P., 50. 2. 65. Orléans, 3 déc. 1859, D. P., 60. 2. 9. — Montpellier, 1er avril 1862, S., 62. 2. 335, D. P., 62. 5. 112. — Paris, 21 juin 1866, joint à Req., 28 avril 1868, S., 68. 1. 173, D. P., 69. 1. 38. — Req., 19 mai 1868, S., 69. 1. 114, D. P., 68. 1. 386. — Bordeaux, 5 mai 1870, D. P., 70. 2. 208. — Nancy, 27 déc. 1880, S., 83. 2. 245. — V. cependant Douai, 28 nov. 1873, D. P., 75. 2. 31.

(2) Req., 1er déc. 1897, précité.

(3) Req., 8 juin 1896, D. P., 97. 1. 463.

(4) « Attendu, dit la chambre des requêtes, dans un arrêt du 28 décembre 1886, que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur et que le retard de cette exécution soumet ce débiteur à une condamnation de même nature. — Attendu que *la forme de ces dommages-intérêts pécuniaires peut être celle que les juges du fond estiment la plus convenable et la plus efficace en vue du but à atteindre;* que, par suite, la cour d'Angers, en prononçant contre R. une condamnation à un franc de dommages-intérêts par chaque jour de retard qu'il apporterait à la reddition du compte par lui dû aux consorts M., n'a pu violer aucune loi », S., 87. 1. 112. — V. aussi Civ. rej., 26 juill. 1854, S., 55. 1. 133, D. P., 54. 1. 297.

(5) V. notamment Paris, 16 mai 1840, précité. — Cpr. Lyon, 9 avril 1859, S., 60. 2. 429.

(6) Req., 24 janv. 1865, S., 65. 1. 84, D. P., 65. 1. 226; 14 juillet 1874, S., 76. 1. 448, D. P., 75. 1. 460; 9 janv. 1889, S., 89. 1. 264, D. P., 91. 1. 128.

res [1]. Ainsi, d'après la cour de cassation, les juges peuvent ou non, dans la matière, réviser leur précédente décision suivant la portée qu'ils lui attribuent. Le caractère de la condamnation dépend des circonstances.

479. La doctrine condamne avec raison la théorie des astreintes. Pour critiquer cette théorie, nous l'envisagerons d'abord telle qu'elle est comprise par la jurisprudence.

Celle-ci, disons-nous, la fonde sur les principes qui gouvernent la matière des dommages-intérêts. Mais de rapides observations suffiront pour montrer que cette conception est erronée. Les dommages-intérêts, — qu'ils résultent de l'inexécution ou du retard dans l'exécution, — consistent exclusivement dans la réparation du préjudice causé par la perte subie et par le gain manqué (art. 1149). Or, dans l'astreinte, le chiffre fixé par le tribunal est toujours supérieur à ce préjudice; souvent même il est hors de toute proportion avec lui. Dans certaines espèces, il a été de 1.000 fr., de 10.000 fr. par jour [2]. Le but même de l'astreinte exige qu'il en soit ainsi, puisqu'elle tend à obtenir l'exécution, en mettant le débiteur dans l'alternative ou d'exécuter ou de payer une somme bien plus élevée que la valeur de l'objet de l'obligation. Mais, ceci posé, qui ne voit qu'en prononçant une astreinte, le tribunal fait tout autre chose qu'allouer des dommages-intérêts? La vérité, c'est qu'il recourt à une voie d'exécution non établie par la loi. L'illégalité du système achève d'apparaître si l'on considère les suites que peut avoir

(1) Req., 28 décembre. 1824, S. chr., VII. 1. 604, col. 3, D. *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 390-1°; 4 juin 1834, S., 35. 1. 39, D., *op.* et v° *cit.*, n. 389; 22 novembre 1841, S., 42. 1. 170, D., *op. cit.*, v° *Jugement*, n. 321 et v° *Oblig.*, n. 5107-6°; 8 novembre. 1864, S., 65. 1. 319, D. P., 65. 1. 389; 4 avril 1865, S., 65. 1. 257, D. P., 65. 1. 387; 28 avril 1868, précité. — Civ. rej., 25 juil. 1882, S., 83. 1. 345, D. P., 83. 1. 313. — Civ. cass., 21 nov. 1884, D. P., 85. 1. 399. — Req., 7 nov. 1888 (et le rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud), S., 90. 1. 487, D. P., 89. 1. 259. — Civ. rej., 20 mars 1889, précité. — Req., 6 fév. 1900, S., 1904. 1. 397, D. P., 1900. 1. 167. — D'ailleurs, en admettant que les dispositions d'un arrêt, relatives à une condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard, eussent, dans la pensée de la cour qui l'a rendu, un caractère comminatoire et révisable, cette cour a pu, par un arrêt ultérieur, en se fondant sur les circonstances de la cause, maintenir ces dispositions. — Civ. rej., 3 juil. 1893, S., 96. 1. 67, D. P., 93. 1. 594.

(2) V. Req., 1er déc. 1897 (10.000 fr. par jour de retard), précité.

la condamnation comminatoire : Si le juge la maintient sans ramener le chiffre au *quantum* du préjudice réellement éprouvé par le créancier, il inflige une véritable peine au débiteur et viole, par conséquent, ce principe essentiel de notre droit pénal : Il n'y a pas de texte sans peine. Si, au contraire, le juge rabat ou réduit la condamnation, il méconnaît l'autorité de la chose jugée ; sa mission, en effet, n'est nullement définie par la première décision, et il s'arroge une pleine liberté d'appréciation quant au point de savoir dans quelle mesure celle-ci doit être maintenue (1).

479 *bis.* Dans un remarquable article, publié en **1903**, M. Esmein s'est efforcé de justifier le système des astreintes en se plaçant au point de vue historique (2). Dans notre ancien droit, fait-il observer, le juge n'avait pas seulement le pouvoir de rendre des jugements, mais aussi celui de donner des ordres aux justiciables et de sanctionner ces ordres par des peines; de là le procédé dont nous parlons. Pour établir l'existence du second de ces pouvoirs, notre éminent collègue se fonde notamment sur le titre d'un coutumier du XIVe siècle, publié par M. Beautemps-Beaupré, *Le livre des droiz et des commandements d'office de justice.* Il s'appuie également sur la définition que d'Argentré donnait du territoire déterminant la juridiction : « *Cum id esse territorium definiatur in quo quisque terrendi pro protestate jus habeat* ». Il invoque aussi l'autorité de Bodin, de Loyseau, de Jousse, etc... (3). Comme moyen de sanction, le juge employait tantôt l'amende arbitraire, tantôt la condamnation aux dommages-intérêts. Or les dommages-intérêts, tels qu'ils étaient compris alors, se prêtaient parfaitement à cet emploi, car ils étaient arbitraires :

(1) Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 41-42, texte et note 12, 5e éd., p. 64-66, notes 12 et 12 *quater;* Demolombe, XXIV, 496-497; Laurent, XVI, n. 301; Huc, VII, n. 136, al. 2. et 3, n. 145; Massin, *op. cit.*, p. 429-438; Tournier, *op. cit.*, p. 123-165; Croissant, *op. cit.*, p. 130-190; Berryer, *op. cit.*, p. 140-162; Lacoste, *De la chose jugée*, p. 37 s. — La jurisprudence belge s'est d'abord prononcée dans ce sens. Bruxelles, 5 août 1880, et, sur pourvoi, C. cass. de Belgique, 19 janv. 1882, D. P., 82. 2. 81, *Pasicr.*, 81. 1. 36. — Mais voyez en sens contraire C. cass. de Belgique, 23 juin 1887, D. P., 88. 2. 311.

(2) *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim. de dr. civ.*, 2e année (1903), p. 5-52. — Cpr. Planiol, II, 3e édit., n. 209-212.

(3) *Op. cit.*, p. 39-44.

« Sans doute les règles qui ont fourni les articles 1146 et suivants du Code civil avaient cours dans notre ancien droit, mais avec une valeur simplement doctrinale ». Le juge prononçait les dommages-intérêts tantôt comme réparation, tantôt à titre de peine (1).

Ce système est-il admissible sous l'empire de notre législation moderne ? A l'appui de l'affirmative, M. Esmein transcrit une page qu'Henrion de Pansey écrivait en 1810 et dont voici le début : « L'autorité judiciaire se compose de deux éléments, la juridiction *et le commandement*. Nous n'aurions donc qu'une idée très imparfaite de l'autorité judiciaire si, après avoir défini la juridiction, nous ne faisions pas voir en quoi consiste *le commandement judiciaire* ». Mais il y plus ! L'art. 1036 du Code de procédure, d'après M. Esmein, reconnaît expressément au juge le pouvoir de commander aux justiciables : « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils sont saisis, *prononcer, même d'office, des injonctions,* supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements ». Le juge a donc aujourd'hui encore le droit de prononcer des astreintes, celles-ci étant la seule sanction possible des injonctions qu'il adresse aux parties (2).

L'argumentation de M. Esmein est certainement ingénieuse et séduisante. Nous ne croyons pas cependant devoir nous laisser convaincre. Elle nous paraît peu compatible avec les principes qui gouvernent aujourd'hui notre organisation judiciaire. Peut-on la concilier avec la séparation des pouvoirs, avec la règle *nulla pœna sine lege,* avec l'exclusion des peines arbitraires ? Dans notre matière, l'histoire, envisagée comme un moyen d'interpréter le droit actuel, ne saurait avoir grande autorité, car, en ce qui regarde les pouvoirs du juge, il existe incontestablement une différence considérable entre l'ancien régime et le nouveau. La citation que M. Esmein fait d'Henrion de Pansey ne saurait avoir la portée qu'il lui attribue ; nous y relevons, en effet, ces paroles : « Le juge

(1) *Op. cit.*, p. 45-48.
(2) *Op. cit.*, p. 49-52.

ne peut commander *qu'au nom de la loi, que dans les formes qu'elle a établies, et pour l'exécution des ordres qu'elle autorise à donner* ». C'est donc seulement dans des hypothèses déterminées et en vertu d'une autorisation spéciale de la loi que le juge a le droit de donner des ordres. Quant à l'art. 1036, qui a été d'ailleurs interprété jusqu'ici d'une façon toute différente, comme le reconnaît M. Esmein (1), il doit, par respect pour les principes fondamentaux que nous avons rappelés plus haut, être entendu d'une façon restrictive.

480. En donnant comme base aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution d'une obligation la perte subie par le créancier et le gain dont il a été privé, le législateur résout implicitement, à notre avis, la question de savoir si des dommages-intérêts peuvent être alloués pour un préjudice moral.

Cette question se pose également à propos de la responsabilité naissant de délits ou de quasi-délits. Nous la retrouverons donc sous l'art. 1382 (2). Pour le moment, nous n'avons à l'examiner que relativement à l'inexécution des contrats.

Selon nous, pour qu'il y ait lieu à des dommages-intérêts, il faut que le préjudice causé par l'inexécution soit matériel, en d'autres termes, qu'il soit appréciable en argent. Aux yeux du législateur, les contrats ne peuvent être relatifs qu'aux intérêts pécuniaires des parties, et, par conséquent, lorsque l'une d'elles n'exécute pas son obligation, la réparation qui est due à l'autre ne peut avoir pour but que d'indemniser cette dernière d'un préjudice appréciable en argent.

D'ailleurs les termes mêmes de l'art. 1149, ces expressions *perte* et *gain* prouvent assez que les dommages-intérêts alloués pour inexécution d'une obligation ne sont destinés à effacer les conséquences de cette inexécution que dans la mesure où elle entraîne la diminution ou empêche l'accroissement du patrimoine du créancier. Or le préjudice purement moral ne porte aucune atteinte à ce patrimoine. Il ne peut donc pas donner lieu à des dommages-intérêts (3).

(1) *Op. cit.*, p. 50 *in fine* et p. 51.
(2) V. notre tome IV, n. 2871-2872.
(3) Laurent, XVI, n. 281 ; Huc, VII, n. 147, p. 209; Meynial, *De la sanction civile des obligations de faire et de ne pas faire, Rev. prat.*, LVI, p. 440 *in fine*.

Toutefois le créancier peut réclamer des dommages-intérêts quand le préjudice moral engendre un préjudice pécuniaire. Un banquier ne paie pas un effet de commerce, bien qu'il ait provision, et il occasionne ainsi un protêt. Le dommage que subit le négociant souscripteur de l'effet de commerce est sans doute un dommage moral, mais les conséquences qui en découlent sont de nature à nuire à ce négociant au point de vue de ses affaires, et peuvent, par conséquent, motiver une condamnation à des dommages-intérêts (1).

En un mot, le préjudice moral ne donne pas lieu par lui-même à une réparation pécuniaire.

481. La question est controversée. L'opinion opposée à la nôtre a été très habilement défendue par M. Chausse au point de vue du préjudice résultant de la lésion d'un intérêt d'affection (2). D'après notre savant collègue, ce préjudice, bien qu'il ne soit pas appréciable en argent, peut servir de base à des dommages-intérêts, pourvu qu'il soit sérieux. Pour mieux préciser la nature du problème, M. Chausse propose l'espèce suivante : « Un copartageant est tenu de céder à l'un des cohéritiers un objet de médiocre valeur, mais auquel s'attachent des souvenirs de famille qui lui donnent un grand prix; le débiteur, par dol ou simple faute, brise l'objet; sera-t-il quitte en donnant la valeur minime de cette chose, sous prétexte qu'il est impossible d'indemniser le créancier du chagrin que lui cause la destruction de l'objet » (3)?

Nous proposerons une autre espèce : Une femme conserve précieusement le portrait de son enfant qui est mort. Ce portrait n'a aucune valeur intrinsèque; c'est une photographie à moitié effacée par le temps. N'importe! il présente pour sa propriétaire un intérêt d'affection considérable; elle ne consentirait pas à le donner pour une somme quelconque. Or,

(1) Rouen, 27 mai 1844, S., 44. 2. 550, D. *Rép. alph.*, v° *Effets de comm.*, n. 766.

(2) *De l'intérêt d'affection, Rev. crit.*, 1895, XXIV, p. 436 s. — V. aussi Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations, Etude de droit comparé sur le principe de réparation pécuniaire des dommages non-économiques* (thèse, Paris, 1901), p. 155-234; Planiol, II, 2e et 3e édit., n. 252.

(3) *Op. cit., Rev. crit.*, XXIV, p. 437 *in fine*.

obligée de s'absenter, elle le confie en dépôt, et il est détruit dans des conditions telles que le dépositaire est responsable. Les juges pourront-ils, dans la fixation de l'indemnité, avoir égard à l'intérêt d'affection?

Non, répondons-nous à ces questions, en nous fondant sur les raisons données plus haut.

Cependant, M. Chausse croit trouver dans l'art. 1149 une allusion favorable à sa théorie : « Il est vrai, dit-il, que les art. 1146 s. du C. civ. n'ont en vue que l'hypothèse habituelle d'un préjudice matériel, mais par les expressions *en général* de l'art. 1149, le législateur semble réserver les cas où le dommage à réparer serait d'un autre ordre » (1).

Ces expressions, d'après nous, s'expliquent d'une façon bien plus simple : Que dit l'art. 1149? « Les dommages et intérêts dus au créancier sont *en général* de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, *sauf les exceptions et modifications ci-après* ». Si le législateur emploie les expressions *en général,* c'est parce que, vu les exceptions et les modifications qu'il annonce et qui sont contenues dans les art. 1150 s., les dommages et intérêts n'égalent pas toujours la perte subie et le gain manqué. Cette explication se présente tout naturellement à l'esprit (2).

L'allocation d'une somme d'argent à raison de la lésion d'un intérêt d'affection constituerait en réalité une peine. Cette proposition est contestée par M. Chausse : « La peine, dit-il, se caractérise par ces deux éléments : 1° elle enrichit le créancier; 2° elle appauvrit le débiteur. Or aucun de ces caractères ne se rencontre ici. Le créancier préfèrerait de beaucoup l'exécution en nature à la condamnation pécuniaire; dans sa pensée, la prestation elle-même a une valeur supérieure au prix qu'il obtient, et, quant au débiteur, on ne saurait dire qu'il subit un appauvrissement, puisque, en

(1) *Op. cit., Rev. crit.*, même vol., p. 444.

(2) Demolombe, XXIV, n. 576 *in fine*. — Il est à remarquer que M. Dorville, tout en déclarant que M Chausse fait de l'interprétation servile de l'art. 1149 une « adroite critique » et en qualifiant son argumentation de « fort ingénieuse », ajoute : « Mais elle est un peu frêle et nous préférons n'en pas tenir compte ». *Op. cit.*, p. 196.

s'exposant à la condamnation en argent, il a estimé que cette condamnation lui était plus avantageuse que l'exécution de la promesse » (1). Admettons que le créancier préfèrerait de beaucoup l'exécution en nature à la condamnation pécuniaire : peu importe! Il n'en est pas moins vrai que, si on lui alloue une indemnité pécuniaire à raison de l'intérêt d'affection, une valeur nouvelle va entrer dans son patrimoine, bien que celui-ci n'ait pas subi de diminution. Il y aura donc enrichissement. D'autre part, il n'est point exact de prétendre que le débiteur a considéré la condamnation aux dommages-intérêts comme plus avantageuse pour lui que l'exécution de l'obligation. Tout au plus, cela est-il soutenable pour le cas où l'inexécution est due à la fraude du débiteur. Mais, s'il y a eu simplement faute de sa part, pourquoi lui attribuer un pareil calcul? Ajoutons que, même lorsqu'il s'est rendu coupable de fraude, il serait souvent contraire à la réalité des choses de supposer qu'il a considéré la condamnation à des dommages-intérêts comme la solution la plus avantageuse pour lui au point de vue *pécuniaire*, ce qu'il faudrait pour qu'il ne pût pas être question de son appauvrissement. Si, en effet, l'intérêt d'affection peut être pris en considération pour l'évaluation des dommages-intérêts, il se pourra que la somme allouée soit bien supérieure à la valeur réelle de la chose. Dans ces conditions, comment le débiteur pourrait-il estimer que le paiement de cette somme est le parti le plus avantageux pour lui au point de vue pécuniaire ? Ce qu'il faut dire, croyons-nous, c'est qu'en pareille hypothèse, le débiteur préfèrera s'appauvrir que d'exécuter l'obligation.

Ainsi les deux éléments qui, suivant la remarque de M. Chausse, caractérisent toute peine, se rencontrent bien dans l'hypothèse.

Notre savant collègue fait encore observer que, si la faute du débiteur n'empire pas sa situation, elle ne peut pas, non plus, l'améliorer : sous cette réserve que l'objet de l'obligation est remplacé par une somme d'argent, le lien juridique

(1) *Rev. crit.*, même vol , p. 415.

demeure le même [1]. Nous répondrons en nous plaçant successivement à deux points de vue différents : d'abord, d'après nous, il n'y a jamais eu lien juridique relativement à l'intérêt d'affection, car, dans notre droit, les contrats ne peuvent concerner que les intérêts pécuniaires. Arg. art. 1119 [2]. Puis, en supposant même que l'intérêt d'affection fût susceptible de servir de base à la formation d'un contrat, il ne s'ensuivrait pas que le créancier pourrait demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Ce serait donner suffisamment effet à la convention que de se borner à reconnaître au créancier, comme le fait le Code civil allemand, le droit d'action, notamment le droit d'obtenir la résolution du contrat [3].

M. Chausse invoque un dernier argument. Dans notre législation, comme en droit romain, la théorie des dommages-intérêts n'est qu'une interprétation de la volonté des contractants : « En l'absence de toute clause pénale, le législateur invite le juge à apprécier le dommage comme les parties auraient pu le faire elles-mêmes. Or, on reconnaît que les contractants auraient pu faire suivre leur convention d'une clause pénale et par là sanctionner une convention qui n'aurait aucun intérêt pécuniaire pour le créancier. La question se trouve ainsi résolue » [4].

Mais on ne peut pas, croyons nous, conclure du droit qu'avaient les parties de stipuler une clause pénale au droit pour les juges d'allouer des dommages-intérêts. C'est un point qui nous paraît pleinement démontré par le rapprochement suivant : Tous les auteurs s'accordent à décider que les contractants peuvent stipuler valablement une peine pour le cas d'inexécution d'une stipulation pour autrui faite en dehors des conditions prévues par l'art. 1121. Cependant, faute par le stipulant d'avoir recouru à une clause pénale, les juges ne

(1) *Op.* et *loc. cit.*

(2) V. *supra*, n. 294.

(3) Art. 253 : « Pour un dommage qui n'est pas un dommage patrimonial, le dédommagement en argent ne peut être poursuivi que dans les cas fixés par la loi ». Traduct. Saleilles, p. 371. V. la note sous cet article. — V. aussi du même *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, n. 8.

(4) *Op. cit.*, p. 446.

pourraient certainement pas, en cas d'inexécution, condamner le promettant à payer des dommages-intérêts [1]. Dans notre hypothèse, la situation est absolument la même : là aussi, il s'agit d'un contrat qui ne présente pas d'intérêt pécuniaire pour le stipulant. Les parties auraient pu recourir à une clause pénale, mais il ne s'ensuit pas qu'il soit permis aux juges d'allouer des dommages-intérêts.

D'ailleurs, si, en matière d'intérêt d'affection, on se place au point de vue pratique, autant on comprend la stipulation d'une clause pénale, autant on comprendrait peu le pouvoir pour les juges d'évaluer les dommages-intérêts. S'il est naturel, en effet, que le débiteur accepte de payer, en cas d'inexécution, une indemnité dont il a débattu lui-même le chiffre, il est bien invraisemblable qu'il consente à s'en remettre à l'arbitraire du juge dans une matière où cet arbitraire serait si dangereux pour lui !

A l'appui de sa thèse, M. Chausse cite un arrêt célèbre rendu par la cour de Paris, le 4 juillet 1865. Mais les termes de cette décision nous paraissent plutôt favorables à notre opinion : « En ce qui touche les dommages et intérêts, dit la Cour : Considérant qu'*en dehors* du préjudice moral que subit l'intimé, par la privation du tableau que, depuis 1860, Rosa Bonheur s'était engagée à lui livrer, la non-exécution de la convention lui cause, à raison même de la renommée et du talent de l'artiste, un dommage matériel incontestable dont il lui est dû réparation ; considérant que la Cour possède les éléments nécessaires pour en déterminer l'importance, et que ce dommage, eu égard à la situation respective des parties, sera équitablement arbitré à la somme de 4.000 fr. » [2]. La Cour ne mentionne le préjudice moral que pour montrer qu'elle n'y a pas égard dans l'évaluation des dommages-intérêts et qu'elle s'attache exclusivement au préjudice maté-

[1] Que l'on admette avec la plupart des auteurs que la stipulation pour autrui faite en dehors des cas prévus par l'art. 1121 est vivifiée par l'adjonction d'une clause pénale, ou qu'on admette avec nous que, dans cette hypothèse, il s'agit d'une fausse clause pénale subordonnée à l'inexécution de la stipulation pour autrui, le raisonnement est concluant.

[2] Paris, 4 juil. 1865, S., 65. 1. 233, D. P., 65. 2. 201.

riel. Le chiffre des dommages-intérêts n'est pas, d'ailleurs, assez fort pour permettre de supposer le contraire : Si la livraison avait été faite, l'intimé pouvait espérer légitimement « à raison du talent et de la renommée de l'artiste », réaliser plus tard, en revendant le tableau, un bénéfice égal et même supérieur à 4.000 fr.

En pratique, la question de savoir si, en cas d'inexécution d'une obligation, l'intérêt d'affection peut servir de base à l'évaluation des dommages-intérêts ne s'est posée que très rarement. Cependant la cour de Paris a été appelée une autre fois à l'examiner, et elle s'est nettement prononcée pour la solution que nous croyons préférable : dans l'espèce, l'appelant avait été assigné pour n'avoir pas livré à l'intimé, ainsi qu'il s'était engagé à le faire, des portraits de famille qui présentaient pour ce dernier un intérêt d'affection. La Cour, réformant le jugement, décide qu'il n'y avait pas lieu d'allouer des dommages-intérêts à raison de l'inexécution de cette obligation, et elle formule ainsi le motif de sa décision : « Le dommage qui en résulte [qui résulte de l'inexécution], non plus que les objets promis, *ne sont pas appréciables en argent* » (1).

On voit donc que la jurisprudence est en notre sens (2).

482. Il peut arriver qu'il soit très difficile ou même impossible de déterminer l'importance du préjudice matériel causé par l'inexécution d'une obligation, alors d'ailleurs que l'existence de ce préjudice est démontrée. Ce n'est point un motif pour refuser d'allouer des dommages-intérêts au créancier. En pareil cas, les juges devront les apprécier d'après les règles de l'équité (3).

On songera peut-être à tirer argument de cette solution en faveur de la théorie que nous venons de combattre : Peut-être dira-t-on que, puisque l'impossibilité d'évaluer le préjudice en argent n'est pas un obstacle à l'allocation d'une indemnité pécuniaire, il n'y a pas de raison pour que la

(1) Paris, 27 mars 1873, joint à Req., 17 fév. 1874, S., 74. 1. 477, D. P., 74. 1. 360.

(2) Nous examinerons sous l'art. 1382 les arrêts qui ont résolu la question en matière de responsabilité délictuelle. V. notre tome IV, n. 2871-2872.

(3) Rouen, 27 mai 1844, S., 44. 2. 550; *Rép. alph.*, v° *Effets de commerce*, n. 766.

lésion d'un intérêt d'affection ne donne pas lieu à des dommages-intérêts.

L'argument serait bien fragile. Dans l'hypothèse dont nous parlons maintenant, le patrimoine du demandeur a certainement subi une diminution par la faute du défendeur. Il n'est donc pas douteux qu'une indemnité pécuniaire soit due. La seule difficulté est d'en fixer le chiffre. Lors, au contraire, qu'il s'agit de la lésion d'un intérêt d'affection, le patrimoine du créancier n'a été l'objet d'aucune atteinte, et, par conséquent, ce qui fait défaut, c'est la cause même des dommages-intérêts, et non pas seulement le moyen de les évaluer.

483. Il faut distinguer, pour le calcul des dommages et intérêts, si le débiteur est ou non coupable de fraude : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». Art. 1150. Dans cette disposition, comme nous l'avons expliqué, il ne s'agit pas du dol proprement dit, c'est-à-dire de manœuvres qui ont pour but d'amener quelqu'un à contracter, mais de la fraude par laquelle le débiteur frustre le créancier [1].

Ainsi, par hypothèse, le débiteur est exempt de fraude; c'est par sa faute que l'obligation est demeurée sans exécution ; mais il n'a pas agi dans l'intention de nuire au créancier. Ici la loi se montre relativement indulgente : le débiteur ne sera tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. Décision très juridique, car l'obligation de payer les dommages-intérêts est considérée dans ce cas comme résultant d'une convention tacite, et, naturellement, cette convention n'a pu comprendre que les dommages et intérêts qu'il a été possible de prévoir lors du contrat.

Quant à savoir quels sont les dommages et intérêts que les parties ont pu prévoir lors du contrat, c'est là surtout une question de fait, à décider par le juge en cas de contestation [2] Il pourra toutefois, pour la résoudre, tirer parti de la dis-

[1] V. *supra*, n. 106.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 66 *bis*-II; Demolombe, XXIV, n. 579 s.; Laurent, XVI, n. 286 s.; Huc, VII, n. 147.

tinction suivante qu'établit Pothier : « Ordinairement, dit ce jurisconsulte, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation; .... *propter ipsam rem non habitam* ». En un mot, le débiteur est ordinairement tenu des dommages et intérêts *intrinsèques,* mais non des dommages-et intérêts *extrinsèques*.

Pothier propose ensuite plusieurs exemples. En voici un : « Si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir et qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, résultant des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultant de ce que le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail : car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance de la maison, qui a fait l'objet de mon obligation, et sont soufferts par le locataire *propter ipsam rem non habitam*. — Mais, si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai louée, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui est étranger et qui n'a pas été prévu lors du contrat. — A plus forte raison, si, dans le délogement, quelques meubles précieux de mon locataire ont été brisés, je ne serai pas tenu de ce dommage; car c'est l'impéritie des gens dont il s'est servi qui en est la cause, et non l'éviction qu'il a soufferte; elle en est seulement l'occasion » (1).

484. Cependant les dommages et intérêts s'étendent aux pertes *extrinsèques,* si elles ont pu être prévues lors du con-

(1) *Oblig.*, n. 161.

trat. Aussi Pothier, modifiant l'exemple que nous venons de rapporter, fait-il remarquer que, si le locataire était déjà commerçant au moment où le bail lui a été consenti, la perte de clientèle subie par lui et le tort qui lui a été causé dans ses affaires par la nécessité où il s'est trouvé de quitter les lieux loués, doivent être pris en considération dans la fixation des dommages et intérêts. Du moment, en effet, où il était commerçant à l'époque du contrat, ce dommage spécial a dû être prévu (1).

485. En pratique, la règle posée dans l'art. 1150 a un rôle important.

Une personne qui s'est engagée à livrer certains objets dans des conditions déterminées, est condamnée à payer des dommages et intérêts à son créancier pour n'avoir pas accompli cette obligation. Elle peut sans doute, à son tour, réclamer une indemnité au tiers à qui elle s'était adressée pour se procurer les objets promis, alors que l'inexécution du marché est due à des fautes commises par ce tiers. Mais, si elle a négligé de faire connaître à celui-ci toutes les conditions rigoureuses qui la liaient avec son créancier, elle ne peut pas lui demander la somme totale des dommages et intérêts qu'elle a été elle-même condamnée à payer. En effet, au moment où ils ont traité ensemble, il était impossible au tiers de prévoir une partie de ces dommages et intérêts (2).

486. D'ailleurs, selon nous, pour que les parties soient considérées comme ayant pu prévoir les dommages-intérêts, il suffit qu'elles aient pu en prévoir la cause, l'objet; il n'est pas nécessaire qu'elles aient pu en connaître d'avance la quotité, autrement dit l'importance. Par exemple, lorsqu'un locataire évincé est dans la nécessité, pour se procurer un nouveau logement, de payer un loyer supérieur au précédent, son ancien bailleur doit l'indemniser de toute la différence qui existe entre les prix des deux loyers, bien que les parties n'aient pas pu prévoir, au moment de la convention, quelle serait cette différence.

(1) *Op. cit.*, n. 162.

(2) Req., 27 fév. 1894, D. P., 94. 1. 391. — V. aussi Paris, 18 mai 1895, D. P., 97. 2. 249.

Le législateur a lui-même déduit une conséquence de son principe dans l'art. 1633 ainsi conçu : « Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, *indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente* ». L'indemnité payée par le vendeur doit donc comprendre toute la plus-value actuelle de l'immeuble, bien que le vendeur n'ait pas pu prévoir à combien s'élèverait cette plus-value.

La théorie que nous adoptons n'est pas admise par tous les auteurs. Certains prétendent que la disposition de l'art. 1633 est exceptionnelle. D'après eux, le débiteur de bonne foi est seulement tenu jusqu'à concurrence de la somme à laquelle il a pu prévoir que se monterait le préjudice résultant de l'inexécution.

A notre avis, cette théorie est incompatible avec le but des dommages et intérêts. Ce but est de mettre le créancier dans le même état que si l'obligation avait été exécutée. N'est-il pas évident qu'il ne sera pas atteint si le créancier n'est pas indemnisé de tout le préjudice que lui cause la privation même de la chose, objet du contrat? On nous oppose le texte de l'art. 1150. Cette disposition, fait-on observer, restreint la responsabilité du débiteur de bonne foi aux *dommages et intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat*. Il faut donc que les parties aient pu prévoir les dommages et intérêts eux-mêmes, et non pas simplement leur cause. A cette objection, nous faisons une double réponse. D'abord, il est presque toujours impossible, par la nature même des choses, que les contractants puissent prévoir l'importance des dommages et intérêts. Ce qui le prouve bien, c'est que, lorsqu'ils fixent d'avance, au moyen d'une clause pénale, le chiffre de la réparation qui sera due en cas d'inexécution, cette évaluation a essentiellement un caractère aléatoire. Ainsi, interpréter la loi comme on le fait dans l'opinion que nous repoussons, c'est supposer que le législateur a exigé l'impossible. En outre, Pothier, dont les expressions ont passé dans l'art. 1150, donne au principe la même portée que nous. « Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, dit-il, et que ce n'est que

par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation », il « n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat » (1). En s'exprimant de la sorte, Pothier veut-il dire qu'il faut que la quotité même des dommages et intérêts ait pu être prévue ? La négative résulte des exemples qu'il donne : J'ai vendu un cheval, et je n'ai pu le livrer à l'époque convenue. Pothier décide que je devrai rembourser à l'acheteur le prix qu'il lui a fallu payer pour avoir à cette époque un cheval de même qualité, bien qu'il se soit produit, depuis la vente, une hausse sur le prix des chevaux. Pouvions-nous, au moment du contrat, prévoir cette hausse ? Non, évidemment. Pareillement, si la personne à qui j'ai donné à bail un immeuble que je croyais à tort m'appartenir est expulsée par le vrai propriétaire, je dois, suivant Pothier, l'indemniser des frais de son déménagement et, si le prix des loyers a augmenté, de ce qu'il lui faut payer en sus du loyer dont nous étions convenus. Or, quand j'ai consenti la location, nous ne pouvions pas prévoir le montant de ces frais de déménagement, puisqu'il dépendait d'un élément essentiellement variable, le salaire des ouvriers, et nous ne pouvions pas davantage prévoir le prix actuel des loyers, ce prix n'étant point soumis à une progression régulière (2). Il est vrai qu'après avoir posé les principes du droit, Pothier en tempère la rigueur par des considérations d'équité. « Il nous reste, dit-il, à observer à l'égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur, faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui rapprocher aucun dol, que lorsque les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération ». Et il en conclut que, si l'immeuble qu'on m'a vendu de bonne foi reçoit dans la suite une augmentation considérable à raison de l'exécution dans son voisinage de certains travaux publics, le vendeur, en cas d'éviction, ne sera pas tenu envers moi des dommages et intérêts « au-delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient mon-

(1) *Op. cit.*, n. 159 *in fine*.
(2) *Op. cit.*, n. 161.

ter au plus haut ». Mais, nous l'avons dit, Pothier formule d'abord les principes qui régissent la matière, puis il entre dans des considérations d'équité. Or, notre législateur ne lui a emprunté que les principes. Que telle soit la portée de l'art. 1150, on ne peut en douter quand on se réfère aux travaux préparatoires. L'art. 46 du projet du titre *Des obligations* était exactement conçu comme l'art. 1150 du Code civil, et l'art. 47 de ce projet ajoutait : « Le juge doit toujours taxer les dommages-intérêts avec une certaine modération lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur » (1). La Commission de l'an VIII avait donc entièrement adopté le système de Pothier, mais le législateur n'a maintenu que la première partie de ce système, c'est-à-dire les principes du droit. En effet, il a rejeté l'art. 47, et il a, par conséquent, repoussé les considérations d'équité (2).

487. *b.* Si le débiteur est coupable de fraude, la loi le traite avec plus de rigueur, il répondra même des dommages et intérêts qui n'ont pas pu être prévus lors du contrat. Arg. art. 1150 (3). La raison en est que l'obligation pour le débiteur

(1) Fenet, II, p. 166.

(2) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 66 *bis*-III et IV; Demolombe, XXIV, n. 593-595; Laurent, XVI, n. 289-292; Huc, VII, n. 118, p. 211. — Douai, 30 janv. 1891, *Pand. fr.*, 92. 2. 169. — Paris, 23 avril 1902, D. P., 1903. 2. 323, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 6. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 1re édit., p. 105, note 41, 5e édit., p. 171, note 41.

(3) Dans l'*Exposé des motifs*, Bigot-Préameneu interprète en ces termes l'art. 1151 : « Ainsi on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport à la chose ou au fait qui était l'objet de l'obligation et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionnés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens ». Locré, XII, p. 330; Fenet, XIII, p. 233. Cette interprétation est manifestement erronée. D'après elle, en effet, le débiteur, même quand il est de mauvaise foi, n'est tenu que des dommages et intérêts *intrinsèques*, c'est-à-dire des dommages et intérêts qui peuvent toujours rentrer dans les prévisions des parties. Si tel était le sens de l'article 1151, en quoi consisterait la différence que le législateur a voulu certainement établir entre le cas où le débiteur est de bonne foi et celui où l'inexécution provient de sa fraude? Au surplus ce passage de l'*Exposé des motifs* est inconciliable avec le principe que Bigot-Préameneu pose lui-même un peu plus haut quand il dit : « Si néanmoins le débiteur s'était rendu coupable de dol, en manquant à son obligation, il devrait indemniser *non seulement à raison de ce qu'on eût prévu ou pu prévoir en contractant, mais encore à raison des conséquences particulières que le dol peut avoir entraînées* » Locré et Fenet, *loc. cit.* — V. aussi la citation faite à la note suivante. — Il ne saurait, d'ailleurs, exister aucun doute relativement à l'étendue des dommages-

de payer les dommages et intérêts ne peut plus être considérée ici comme ayant sa source dans une convention tacite accessoire, et qu'il n'y a plus à se préoccuper, par suite, de savoir si les dommages et intérêts réclamés par le créancier ont pu ou non être prévus lors du contrat. L'hypothèse de la fraude n'a pas dû se présenter à la pensée des parties contractantes ; et, à supposer qu'elle fût entrée dans leurs prévisions, toute clause ayant pour but de restreindre la responsabilité du débiteur quant aux conséquences de sa fraude, devrait être considérée comme nulle. C'est donc la fraude qui est ici la cause et la cause unique de l'obligation du débiteur. Celui-ci doit par suite, qu'il y ait ou non consenti, en réparer toutes les conséquences. Voilà pourquoi il est tenu, même des dommages et intérêts qui n'ont pas pu être prévus [1].

488. Et toutefois, comme le débiteur, fût-il coupable de fraude, ne doit que la réparation du préjudice dont il est vraiment l'auteur, la loi ajoute : « *Dans le cas même où l'inexé-* » *cution de la convention résulte du dol* [ou mieux *de la* » *fraude*] *du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent* » *comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier* » *et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immé-* » *diate et directe de l'inexécution de la convention* ». Art. 1151.

Il est facile de reconnaître la source de cette disposition dans le passage suivant de Pothier, qui en est, à notre avis, le meilleur commentaire : « La règle qui me paraît devoir

intérêts quand le débiteur est de mauvaise foi. La conclusion qui se dégage si naturellement du rapprochement des art. 1150 et 1151 s'y oppose. On ne peut méconnaître toutefois que Pothier s'exprime avec plus de précision que les rédacteurs du Code civil quand il dit : « Les principes que nous avons établis jusqu'à présent n'ont pas lieu lorsque c'est le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages et intérêts. En ce cas, le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non seulement de ceux que j'ai soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, *propter rem ipsam, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai souffert par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter, en ce cas, si le débiteur doit être censé s'y être soumis.....* » *Oblig.*, n. 166.

[1] Bigot-Préameneu formule cette idée en termes très nets : « Le dol établit contre celui qui le commet une *nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat;* cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé ». Locré et Fenet, *loc. cit.* — Cpr. Pothier, *loc. cit.*

être suivie en ce cas, est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes » (1).

Et voici un des exemples à l'aide desquels Pothier explique son principe. Il suppose la vente d'une vache *pestiférée*, faite par un marchand qui connaissait l'état de l'animal, et qui l'a dissimulé, qui était coupable de fraude par conséquent; la vache, mise en contact avec les autres animaux appartenant à l'acheteur, leur communique sa maladie et ils périssent. Le vendeur de mauvaise foi sera responsable de tout ce préjudice, qui est une suite directe de sa fraude. Mais voilà maintenant que l'acheteur, n'ayant plus d'animaux pour la culture de ses terres, les a laissées en friche et n'en a pas tiré de revenu; n'ayant pas de revenu, il n'a pas pu payer ses créanciers; ceux-ci, n'étant pas payés, ont saisi ses biens et les ont fait vendre à vil prix... Le vendeur de l'animal sera-t-il responsable de tout ce désastre? Non parce qu'il « n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol ». Il faut absolument s'arrêter dans la série des déductions; autrement, comme le dit spirituellement Colmet de Santerre, si, à la suite de tous ces événements, le créancier s'était suicidé, il faudrait déclarer le débiteur coupable de fraude responsable de sa mort (2).

489. On peut voir maintenant dans quel sens il est vrai de dire que les juges du fond jouissent d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'évaluation des dommages-intérêts dus pour cause d'inexécution ou de retard dans l'exécution d'une obligation. Ils déterminent souverainement le chiffre des dommages-intérêts, leur *quantum*, mais non leurs bases. Celles-ci sont établies par la loi dans les art. 1149, 1150 et 1151.

Comme le décide la cour de cassation : « Si, aux termes de l'art. 1149 C. civ., les dommages-intérêts sont en général de la perte que le créancier a faite et du gain dont il a été privé,

(1) *Oblig.*, n. 167. — Sur ce point, d'ailleurs, Pothier n'a fait que recueillir la doctrine de Dumoulin. V. *Tractatus de eo quod interest*, n. 179.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 67 *bis in fine*.

les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation pour les évaluer et en régler le montant » (1). Mais ils doivent, en même temps, se conformer aux principes écrits dans les art. 1149 à 1151. Ainsi l'arrêt allouant des dommages-intérêts qui manqueraient des bases légales indiquées dans l'art. 1149, serait sujet à cassation : Par exemple les dommages-intérêts dus au propriétaire d'un navire qui a péri, par la personne qui, s'étant chargée de le faire assurer, a omis de remplir cette obligation, ne sauraient être supérieurs à la valeur de ce navire, et, en conséquence, les juges ne peuvent pas, au lieu de constater cette valeur, prendre pour base unique de l'indemnité l'évaluation contenue dans les anciennes polices d'assurances (2).

De même la décision qui, après avoir constaté, à propos du retard dans la livraison d'une marchandise transportée, que les conséquences dommageables de ce retard n'ont pas été prévues et n'ont pas pu être prévues au moment du contrat, condamne néanmoins le transporteur à payer des dommages-intérêts, tombe sous la censure de la cour suprême comme violant la disposition de l'art. 1150 (3).

De même encore, à notre avis, serait sujet à cassation l'arrêt qui, après avoir évalué le préjudice intrinsèque subi par le créancier, déciderait que le débiteur n'est pas tenu des dommages intérêts à concurrence du total de cette évaluation, par la raison qu'il n'aurait pas pu le prévoir au moment où il s'est engagé. En effet, d'après la théorie que nous avons adoptée, l'art. 1150 est applicable par cela seul que la cause du préjudice a pu être prévue lors du contrat. Or tel est bien le cas pour la cause des dommages-intérêts intrin-

(1) Civ. cass., 22 nov. 1893, D. P., 94. 1. 358. — *Adde* Civ. rej., 24 oct. 1893, S., 94. 1. 77, D. P., 94. 1. 13. — Req., 28 octobre 1903, D. P., 1904. 1. 14. — Les juges, saisis d'une demande reconventionnelle tendant, comme la demande principale, à une condamnation à des dommages-intérêts, peuvent, en la déclarant fondée, estimer que le préjudice que les parties se sont respectivement causé a une importance égale et compenser, en conséquence, les dommages-intérêts qu'elles peuvent se devoir mutuellement. En le décidant ainsi, ils ne font qu'user de leur pouvoir souverain d'appréciation. — Req., 27 oct. 1903, D. P., 1903. 1. 44.

(2) Civ. cass., 30 juill. 1877, S., 78. 1. 152, D. P., 78. 1. 24.

(3) Req , 24 oct. 1893, précité.

sèques, puisqu'ils sont la conséquence directe de l'inexécution de la promesse [1].

Enfin, comme le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, et que, d'autre part, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, même en cas de fraude, « que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention », pourrait être censuré par la cour de cassation, pour cause de violation des art. 1150 et 1151, l'arrêt qui, à propos de l'avarie survenue à une machine en cours de transport, admettrait comme élément d'indemnité « la perte des commandes de travaux que les propriétaires voisins auraient faites, s'ils avaient vu fonctionner la machine ». En effet « rien ne prouve que, même au cas de réussite des expériences, ces commandes se fussent produites..., la privation d'avantages problématiques n'a pu être prévue lors du contrat de transport et ne constitue point une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » [2].

490. Lorsque les contractants ont fixé à l'avance le montant des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution de la convention ou en cas de retard dans l'exécution, cette stipulation, qui porte le nom de clause pénale [3], fait la loi des parties.

De là cette conséquence : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ». Art. **1152**.

Cette règle était essentielle pour que le but de la clause pénale fût atteint. Ce but, en effet, est d'éviter les contestations et les procès auxquels le règlement des dommages-intérêts pourrait donner lieu, quelquefois aussi de se prémunir contre l'arbitraire, inévitable en cette matière, des décisions du juge. D'ailleurs, les parties peuvent, mieux que tout autre, apprécier leurs propres intérêts.

Même en l'absence d'une disposition spéciale, la décision

(1) Demolombe, XXIV, n. 595 *in fine* et 597.
(2) Civ. cass., 3 mars 1897, D. P., 98. 1. 118.
(3) V. pour l'étude générale de la clause pénale, notre t. II, p. 1343-1382.

contenue dans l'art. 1152 se serait imposée comme découlant du principe général écrit dans l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». En réalité, donc, la disposition de l'art. 1152 est inutile. Si le législateur a cru devoir la formuler, c'est que Dumoulin et, plus tard, Pothier étaient d'avis que la peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation pouvait être réduite par le juge si elle était excessive Mais Pothier rappelait que l'opinion contraire était défendue par Azon, et il résumait dans les termes suivants l'argument qu'on pouvait invoquer en sa faveur : « Quelque excessive que soit la somme stipulée par forme de peine, en cas d'inexécution de la convention, le débiteur ne peut disconvenir qu'il a entendu s'y obliger, lorsque la clause du contrat est expresse ». S'il adoptait l'opinion de Dumoulin, c'est parce que, suivant ses propres expressions, elle *paraissait plus équitable*. Donc, ici encore, il faisait fléchir le droit devant l'équité (1). Le système de Dumoulin et de Pothier fut admis dans le projet du titre *Des obligations*, art. 49. Dans la section de législation du conseil d'Etat, les avis furent partagés, et on finit par proposer la rédaction qui a passé dans l'art. 1152 (2).

Il est, toutefois, un cas où les juges peuvent réduire le montant de l'indemnité stipulée; c'est celui où l'obligation a été exécutée en partie et où cette exécution partielle a été utile au créancier. Art. 1231 (3).

Il a été très bien décidé, par application de l'art. 1152, que le bailleur qui, en louant un terrain, s'est engagé, sous peine de payer à titre d'indemnité une somme fixe par chaque mois de retard, à faire élever une construction sur ce terrain dans un délai déterminé, ne peut pas, en cas d'inexécution de cette obligation, être condamné à payer des dommages-intérêts en sus de la peine stipulée (4).

(1) *Oblig.*, n. 345.

(2) V. séance du conseil d'Etat du 11 brumaire an XII; Locré, XII, p. 143; Fenet, XIII, p. 56. — V. aussi Rapport du tribun Favart, Locré, XII, p. 434, n. 43; Fenet, XIII, p. 323; discours de Mouricault, orateur du Tribunat, Locré, XII, p. 559, n. 181; Fenet, XIII, p. 421.

(3) V. notre tome II, n. 1350.

(4) Paris, 24 mars 1877, D. P., 78. 2. 187. — V. d'autres applications du principe

490 I. La disposition de l'art. 1152 s'applique notamment en matière de résiliation de louage de travail. Toutefois, comme l'art. 1780, complété par la loi du 27 décembre 1890, interdit aux parties de renoncer, dans un contrat de cette nature, au droit de demander des dommages-intérêts, les juges ont le pouvoir de vérifier si l'indemnité par elle stipulée n'est pas illusoire et ne dissimule pas, en réalité, une renonciation. Mais, quand cette indemnité leur paraît sérieuse, ils n'ont pas le droit d'en modifier le chiffre (1).

491. Dans le dernier état de la jurisprudence, les promesses de cession d'office, librement consenties, sont valables, car elles ne sont prohibées par aucune loi, et il est toujours sous-entendu entre les parties que la cession ne sera définitive qu'avec l'approbation du gouvernement. Il est donc licite de stipuler un dédit soit dans l'acte même qui constate la promesse, soit dans un acte séparé et de fixer le *quantum* des dommages-intérêts que devra payer la partie qui refuserait d'exécuter la convention. Cette clause n'est point comminatoire; elle est régie par la disposition de l'art. 1152, et les juges doivent, par conséquent, l'appliquer dans toute sa rigueur.

492. Nous avons eu l'occasion, à propos de la théorie de la prestation des fautes, de parler des clauses de non responsabilité. Nous avons dit qu'elles étaient valables, avec cette réserve, toutefois, que le débiteur ne peut être exonéré, par la convention, des conséquences de sa fraude ou de sa faute lourde (2). Il s'ensuit que, lorsque l'inexécution du contrat procède de la fraude ou de la faute lourde du débiteur, les juges peuvent allouer des dommages-intérêts en sus de ceux qui ont été fixés par la convention (3).

493. D'après la jurisprudence, est obligatoire la clause

dans Nancy, 1er déc. 1830, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 831. — Civ. cass., 4 juin 1860, S., 60. 1. 653, D. P., 60. 1. 259. — Pau, 10 janv. 1861, D. P., 61. 2. 33. — Civ. cass., 14 fév. 1866, S., 66. 1. 195, D. P., 66. 1. 84.

(1) V. pour les développements et pour les autorités, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 2e éd., n. 2316.

(2) V. *supra*, n. 360.

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 106 et 114, 5e édit., p. 173 et 190. — *Contra* Demolombe, XXIV, n. 610.

imprimée sur un billet de passage de transport maritime par laquelle se trouve limitée à un chiffre déterminé la somme qui sera allouée au voyageur en cas de perte de ses bagages, quels que soient le nombre et le contenu de ceux-ci, et, par suite, le jugement qui, sans relever de fraude à la charge du transporteur, refuserait d'appliquer cette clause, serait sujet à cassation [1]. A notre avis, une pareille clause ne lie point le voyageur. Sans doute, les parties peuvent fixer d'avance le chiffre des dommages-intérêts conformément à l'art. 1152; mais, si le transporteur allègue une convention de cette nature, c'est à lui d'en faire la preuve. Or cette preuve ne résulte nullement du fait que le voyageur a accepté sans protester le billet portant la clause imprimée. Rien ne démontre qu'il a pris connaissance de celle-ci. Au surplus, en eût-il pris connaissance, il faudrait encore établir qu'il l'a acceptée, et cette acceptation ne saurait résulter de son silence puisqu'il n'avait même pas le moyen de protester utilement.

II. *L'exception.*

494. L'exception est relative aux obligations ayant pour objet une somme d'argent. En voici l'énoncé : « *Dans les » obligations qui se bornent au paiement d'une certaine » somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans » l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation » aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au » commerce et au cautionnement. — Ces dommages et intérêts » sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune » perte. — Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté » dans les cas où la loi les fait courir de plein droit* ». Art. 1153.

La loi du 7 avril 1900 a modifié, comme il suit, la fin de ce texte : « *Ils ne sont dus que du jour de la* sommation de payer, *excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit* ».

De plus cette même loi a ajouté à l'art. 1153, un alinéa ainsi conçu : « *Le créancier auquel son débiteur en retard a*

[1] Civ. cass., 2 avril 1890, S., 90. 1. 213, D. P., 90. 1. 34. — *Adde* Alger, 7 déc. 1891, D. P., 92. 2. 44.

causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ».

Il est un point qu'il faut remarquer tout d'abord : tandis que, dans les autres obligations, le créancier a droit à des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution, il ne peut être question ici de lui allouer des dommages et intérêts qu'à raison du retard dans l'exécution, des dommages et intérêts *moratoires*. En effet, les dommages et intérêts dus à raison de l'*inexécution*, les dommages et intérêts *compensatoires*, comme on les appelle, ne sont que la compensation *pécuniaire* du préjudice que l'inexécution de l'obligation cause au créancier : à la place d'une exécution en nature il obtient une exécution en argent. Les dommages et intérêts compensatoires consistent donc dans la transformation de l'obligation contractée par le débiteur en une obligation de somme d'argent. Or cette transformation suppose nécessairement que l'obligation à transformer n'a pas elle-même pour objet une somme d'argent; autrement la transformation est toute faite, ou, pour mieux dire, elle est impossible. Les dommages et intérêts à allouer au créancier ne pourront donc être, dans notre espèce, que des dommages et intérêts *moratoires*. D'ailleurs l'art. 1153 ne parle que des dommages et intérêts *résultant du retard*.

495. Dans le système de l'ancien art. 1153, il y avait, en ce qui concerne les obligations ayant pour objet une somme d'argent, trois particularités à noter : 1° quel que fût le préjudice que lui causait le retard, le créancier ne pouvait jamais demander à titre d'indemnité que l'intérêt légal de la somme due ; 2° le créancier n'avait pas besoin, pour obtenir l'intérêt légal, d'établir qu'il subissait un préjudice ; 3° les intérêts n'étaient dus que du jour de la demande en justice.

La loi du 7 avril 1900 n'a laissé subsister que les deux premières particularités. Désormais une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts moratoires.

Nous devons insister sur chacun de ces points.

496. Première particularité. — D'après le droit commun, le taux des dommages et intérêts moratoires varie suivant

l'importance du préjudice que le retard a causé au créancier. La loi déroge ici à cette règle : quel que soit le préjudice souffert par le créancier par suite du retard, il ne pourra jamais réclamer à titre de dommages et intérêts que l'intérêt légal de la somme due [1], c'est-à-dire 4 0/0 en matière civile et 5 0/0 en matière commerciale. Loi du 7 avril 1900, art. 1er. Le taux est plus élevé en matière commerciale, soit parce que l'argent employé à faire le commerce rapporte davantage et qu'il est juste par cela même que celui qui le prête puisse en retirer un intérêt plus élevé, soit parce que le prêteur court de plus gros risques.

496 I. Précédemment la loi du 3 septembre 1807 fixait l'intérêt légal à 5 0/0 en matière civile et à 6 p. 0/0 en matière commerciale. Or, comme il est universellement admis en doctrine et en jurisprudence que les lois modifiant le taux de l'intérêt n'ont pas d'effet rétroactif, la loi du 7 avril 1900 ne saurait porter atteinte aux droits acquis avant sa promulgation. Ainsi, quand un jugement, antérieur à cette loi, a condamné un débiteur au paiement du principal de la créance et aux intérêts au taux légal (5 0/0 en matière civile, 6 0/0 en matière commerciale), les intérêts, même depuis la promulgation de cette loi, sont dus au taux légal tel qu'il était fixé par la loi du 3 septembre 1807 [2].

En ce qui regarde les litiges ouverts avant la loi du 7 avril 1900 et non terminés à l'époque où elle a été promulguée, la réduction du taux légal est sans influence sur les

[1] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 107, 5e édit., p. 174 *in fine;* Demolombe, XXIV, n. 616; Larombière, II, p. 52 (art. 1153, n. 2); Laurent, XVI, n. 306. — Civ. cass., 26 janv. 1881, S., 81. 1. 322, D. P., 81. 1. 150. — V. aussi les nombreuses décisions citées par Fuzier-Herman, *Répert. du dr. fr.*, vo *Intérêts*, n. 432-437, et *C. civ. ann.*, art. 1153, n. 80-85. — Il est intéressant de rapprocher de la disposition de notre art. 1153, al. 1er, celle du C. civ. japon., art. 419, al. 1er, ainsi conçue : « Lorsque l'obligation a pour objet une somme d'argent, le montant des dommages-intérêts à raison de l'inexécution se détermine d'après le taux légal des intérêts. *Si, toutefois, le taux conventionnel dépasse le taux légal, on appliquera le taux conventionnel* ».

[2] Félix Bonnet, *Etude sur le taux de l'intérêt, Journ. du notariat*, 1900, p. 307; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 176-178, note 50 *bis*. — Trib. civ. de la Seine, 13 juin 1901, S., 1903. 2. 149, D. P., 1902. 2. 340, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 135; 3 fév. 1904, S., 1905. 1. 117, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 757.

intérêts courus du jour de la demande jusqu'à celui de la promulgation de cette loi, mais elle atteint les intérêts courus postérieurement. Le droit pour le créancier d'exiger les intérêts sans justifier d'aucun préjudice constitue un avantage légal que le législateur est toujours libre de restreindre. Les intérêts s'acquérant jour par jour, cet avantage ne se réalise que successivement. Il ne peut donc y avoir pour le créancier droit acquis au bénéfice de l'ancien taux que pour les intérêts courus avant la réduction (1).

497. Selon nous, quand la convention dont on poursuit l'exécution en France a été passée à l'étranger, les intérêts moratoires alloués par les juges français doivent être calculés au taux fixé par la loi qui gouverne le contrat. En effet cette loi régit tout ce qui est relatif à l'exécution ou à l'inexécution de celui-ci, et, du moment que les parties n'ont pas expressément réglé la question des dommages-intérêts pour le cas d'inexécution, c'est parce qu'elles ont entendu, sur ce point, s'en référer à cette loi (2).

498. En tout cas, aujourd'hui, comme avant la loi du 7 avril 1900, il faut décider que la stipulation d'intérêts à un taux supérieur à celui que fixe la loi française, mais admis dans le pays où la convention a été faite, doit recevoir son effet même relativement aux intérêts courus depuis la demande formée par le créancier devant un tribunal français (3).

(1) Aubry et Rau, 5e édit., *loc. cit.* — Req., 25 juin 1902, S., 1904. 1. 188, D. P., 1905. 1. 136. — Civ. cass., 8 juin 1904, S., 1905. 1. 319, D. P., *ibid.*, *Pand. franç.*, 1904. 1. 527, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 117.

(2) *Sic* Chausse, *Rev. crit.*, XXXVe année, 1886, p. 693-694; Guillouard, *Prêt*, n. 144; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la soc., du prêt et du dépôt*, n. 943; Despagnet, *Préc. de dr. intern. pr.*, 3e édit., p. 610 *in fine*. — Bourges, 6 mars 1860, S., 60. 2. 621, D., *Rép. alph.*, vo *Organisation des colonies*, n. 486. — *Contra* Fœlix et Demangeat, *Tr. de dr. intern. pr.*, I, p. 252, texte et note *b*; Laurent, *Dr. civ. intern.*, VIII, n. 216; Fiore, *Dr. intern. privé*, n. 267; Bard, *Précis de dr. intern.*, n. 200; Jamais, *La Loi* du 10 fév. 1881; Vincent et Pénaud, *Dict. de dr. intern. pr.*, vo *Taux des intérêts*, n. 21; Lescable, *Questions de dr. intern. en matière d'obligations*, n. 270. — Req., 10 juin 1857 (sol. impl.), S., 59. 1. 751, D. P., 59. 1. 194; 13 avril 1885, S., 86. 1. 155, D. P., 85. 1. 412. — Cpr. Aubry et Rau, 5e édit. (mise au courant par MM. G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault), IV, p. 175, note 48 *bis*.

(3) Bien qu'aux termes de la loi du 7 avril 1900, une simple sommation suffise pour faire courir les intérêts moratoires, la question prévue au texte peut, évidemment, se présenter en pratique.

Cette stipulation, licite à son origine, ne perd pas ce caractère devant les juges français. Or les intérêts, qu'ils soient échus avant ou depuis la demande judiciaire, ont couru par la force de cette stipulation. Il n'y a donc pas de distinction à faire entre les uns et les autres, car une pareille distinction constituerait une violation de la convention (1).

499. La règle que le créancier d'une somme d'argent ne peut pas réclamer à titre de dommages-intérêts moratoires une indemnité supérieure à l'intérêt légal de la somme due, reçoit plusieurs exceptions.

500. *a.* La première résulte de ces mots de l'art. **1153 :** *sauf les règles particulières au commerce.* Ces expressions sont trop générales. Si on les prenait à la lettre, on pourrait croire que, dans toute matière commerciale, notre règle est inapplicable. Mais l'exception dont il s'agit a été empruntée à Pothier. Il faut donc, pour en connaître la portée, se référer à cet auteur. Or Pothier avait seulement en vue le cas du rechange (2), et les auteurs du Code l'ont imité sur ce point. L'exception consiste donc simplement en ceci, que lorsqu'une lettre de change n'est pas payée à l'échéance, le porteur peut, au moyen d'une nouvelle lettre de change (retraite), se rembourser sur le tireur ou sur l'un des endosseurs, non seulement du principal de la lettre protestée et de l'intérêt légal, mais encore du prix de rechange et des frais. Art. **177** à **186** C. co. (3).

(1) Félix, I, p. 251 ; Renault, *Rev. crit.*, 1881, p. 473 ; Lescable, *op. cit.*, p. 271 ; Jamais, *loc. cit.;* Vincent et Pénaud, *op.* et v° *cit.*, n. 17 ; Aubry et Rau, 4e éd., IV, p. 607, texte et note 28 ; Guillouard, *Prêt*, n. 144 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 945. — Req., 10 juin 1857, précité. — Bordeaux, 24 août 1869, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 1870, p. 27. — V. cep. en sens contraire Pont, *Petits contrats*, I, n. 271. — Bordeaux, 22 août 1865, S., 66. 2. 217, D. P., 66. 2. 223. — Bastia, 19 mars 1866, S., 66. 2. 225, D. P., 66. 2. 223.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 171 (éd. Dupin, I, p. 89).

(3) Duranton, X, n. 491 ; Toullier, VI, n. 267, dernier al. ; Colmet de Santerre, V, n. 70 *bis*-III ; Massé, *Dr. comm.*, III, n. 1707 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 107, texte et note 46, 5e édit., p. 174, texte et note 46 ; Larombière, II, p. 66 (art. 1153, n. 16) ; Demolombe, XXIV, n. 621 ; Laurent, n. 313 ; Huc, VII, n. 154, p. 219 *in fine*. — Aix, 21 août 1829, D. *Rép. alph.*, v° *Prêts à intérêts*, n. 165-5°. — On ne trouve dans les recueils de jurisprudence qu'une décision généralisant l'exception en matière commerciale, et cette décision, qui est un arrêt de la cour de Colmar, du 9 juillet 1841, a été cassée. — V. Civ. cass., 11 juin 1845, S., 45. 1. 700, D. P., 45.

501. *b*. La loi indique la deuxième exception par ces mots : *sauf les règles particulières au cautionnement*, et elle la formule dans l'art. 2028 *in fine*, duquel il résulte que la caution qui a payé pour le compte du débiteur principal, a le droit d'exiger de celui ci, outre le remboursement de la somme qu'elle a versée, non seulement l'intérêt légal de cette somme depuis le jour du paiement, mais, en outre, de plus amples dommages et intérêts, s'il y a lieu. La raison de cette exception, c'est que la caution, ayant rendu service au débiteur, mérite que la loi la traite favorablement (1).

502. *c*. La troisième exception, que ne prévoit point notre texte, résulte de l'art. 1846, relatif aux sociétés : L'associé qui avait promis d'apporter une somme d'argent à la société et qui n'a pas effectué cet apport à la date convenue doit à la société non seulement l'intérêt de cette somme à compter du jour où elle aurait dû être payée, mais encore de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. Il en est de même relativement aux sommes qu'un associé a tirées de la caisse sociale pour son profit particulier, à partir du jour où il les a prises. Dans les deux hypothèses, l'intérêt légal n'aurait pas suffi, le but de la société étant d'obtenir par l'union des capitaux des bénéfices supérieurs à ceux que peuvent procurer les capitaux isolés.

Outre les motifs particuliers qui justifient chacune d'elles, ces trois exceptions présentent ce trait commun qu'elles supposent des situations où il est facile de constater et d'apprécier le préjudice subi par le créancier. Dans ces conditions le législateur devait donner au juge le moyen de proportionner la réparation au dommage.

503. Deuxième particularité. — Quant à la deuxième des particularités que présentent, relativement aux dommages-intérêts, les obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent, voici en quoi elle consiste : d'après le droit

1. 362. — *Adde* Orléans, 30 juin 1888, joint à Civ. rej., 28 avril 1891, S., 91. 1. 216, D. P., 91. 1. 357. — Nancy, 26 février 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 529.

(1) Toullier, VI, n. 267, al. 2; Colmet de Santerre, V, n. 70 *bis*-III; Larombière, II, p. 66 (art. 1153, n. 17); Laurent, XVI, n. 313, al. 3; Huc, VII, n. 154 *in fine*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat.*, ..., n. 1082.

commun, le créancier ne peut obtenir des dommages et intérêts moratoires qu'à la condition de justifier que le retard du débiteur lui a causé un préjudice. La loi dispense ici le créancier de cette justification : il a droit à l'intérêt légal de la somme sans être tenu de prouver qu'il a subi un dommage. Art. 1153, al. 2. Bien plus ! le débiteur ne serait pas recevable à établir que le créancier n'a éprouvé aucune perte (1). Les juges ne peuvent donc pas, lorsque les parties se trouvent dans la situation visée par l'art. 1153, refuser d'allouer au créancier qui les demande les intérêts fixés par la loi (2).

Ainsi, par une première dérogation aux règles du droit commun, la loi, dans les obligations de sommes d'argent, tarife d'une manière invariable les dommages et intérêts dus au créancier par suite du retard du débiteur, quel que soit le préjudice par lui subi. En revanche, par une deuxième dérogation, elle lui alloue ces dommages et intérêts sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte.

504. La raison de cette double dérogation, c'est que, lorsqu'il s'agit d'une obligation tendant au paiement d'une somme d'argent, il est toujours extrêmement difficile, souvent impossible, de déterminer à quel usage le créancier aurait employé la somme, s'il l'avait touchée, et même de reconnaître s'il en aurait fait un usage quelconque. Au surplus, à supposer qu'on puisse savoir positivement quel mode d'emploi aurait choisi le créancier, il y aura nécessairement plus ou moins d'incertitude sur les résultats que cette opération aurait eus pour lui. Le parti le plus sage à prendre était donc de couper court à toutes les discussions de fait et de régler au moyen d'un *forfait*, comme l'a fait le législateur, les dommages-intérêts auxquels le créancier aurait droit (3).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 107, 5e édit., p. 174 ; Larombière, II, p. 52 (art. 1153, n. 2) ; Demolombe, XXIV, n. 616-617 ; Laurent, XVI, n. 306 *in fine*.

(2) Civ. cass., 10 juil. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 177. — V. aussi Civ. cass., 11 juil. 1883, S., 84. 1. 323, D. P., 83. 1. 444.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 170 (édit. Dupin, I, p. 88) ; Toullier, VI, n. 264 *in fine* ; Colmet de Santerre, V, n. 70 *bis*-V ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 107, texte et note 44, 5e édit., p. 173, texte et note 44 ; Demolombe, XXIV, n. 619 ; Laurent, XVI, n. 306, al. 3. — Civ. Cass., 30 mai 1877, S., 78. 1. 117, D. P., 78. 1. 774 ; 26 janv. 1881, S., 81. 1. 322, D. P., 81. 1. 150.

505. Toutefois nous devons faire ici une remarque importante. La loi du 7 avril 1900 a abaissé le taux de l'intérêt légal, mais elle est étrangère à la fixation du taux de l'intérêt conventionnel. Ce dernier point est réglé par la loi du 3 septembre 1807 et par celle du 12 janvier 1886 (¹). Donc, en matière civile, le taux maximum de l'intérêt conventionnel est 5 0/0, et, en matière commerciale, cet intérêt est libre.

Il s'ensuit que les parties peuvent stipuler, pour le cas où le débiteur serait en retard d'exécuter l'obligation, un intérêt supérieur à l'intérêt légal, pourvu, si l'on est en matière civile, qu'il n'excède pas 5 0/0. Une pareille convention constituerait une clause pénale, et, conformément au droit commun, les juges ne pourraient pas diminuer le chiffre fixé par les parties.

506. A plus forte raison, si, en vertu du contrat, la créance produit des intérêts supérieurs au taux légal, il continue à en être ainsi après que le débiteur a été mis en demeure, sans qu'il y ait à distinguer, d'ailleurs, suivant qu'il l'a été au moyen d'une sommation ou d'une demande en justice.

507. D'autre part, le législateur dispose, dans le nouvel alinéa final de l'art. 1153, que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, *par sa mauvaise foi,* un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». Dès avant la loi du 7 avril 1900, la doctrine et la jurisprudence décidaient que l'art. 1153 ne s'opposait pas à ce que le créancier pût, conformément au droit commun, obtenir des dommages-intérêts supplémentaires à raison du préjudice résultant d'une autre cause que le simple retard. Ainsi, dans cette opinion, le montant de l'indemnité ne devait être limité aux

(¹) Il ne saurait exister aucun doute à cet égard. Précisant l'objet de la proposition de loi qui est devenue la loi du 7 avril 1900, M. Labiche, rapporteur au Sénat, s'est expliqué en ces termes : « On doit d'abord rappeler qu'il ne s'agit nullement, ainsi que quelques tribunaux l'ont supposé, d'apporter une modification aux dispositions légales qui régissent actuellement le taux de l'intérêt conventionnel. — La proposition adoptée par la Chambre a uniquement pour objet la détermination du taux de l'intérêt légal, c'est-à-dire de l'intérêt dû en l'absence de toute convention ». *Journ. offic., Doc. parl.*, Sénat, *Session ordinaire* de 1899, annexe 156, p. 588, col. 1.

intérêts moratoires que si le débiteur n'avait pas nui au créancier par des actes de malice, de mauvaise foi ou de faute lourde équivalente au dol. Il s'ensuivait notamment que, lorsque le débiteur était inexcusable d'avoir résisté à l'action intentée contre lui par le créancier, il était passible de dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires (1). La loi du 7 avril 1900 a consacré cette interprétation de l'art. 1153, al. 1er. Bien que le nouvel alinéa 4 de cet article ne parle que de la mauvaise foi, il est certainement applicable au cas d'erreur grossière. Cela résulte des travaux préparatoires (2).

508. Mais les parties peuvent-elles, en prévoyant spécialement un préjudice déterminé autre que celui qui résulte naturellement pour le créancier de la privation de son capital et du risque par lui couru jusqu'au paiement (abstraction faite, d'ailleurs, de la mauvaise foi ou de la faute lourde du débiteur), stipuler dans une clause pénale une somme en sus des intérêts moratoires? Prenons un exemple : Je consens à un de mes amis un prêt de 50.000 fr. Il est expressément convenu entre nous que cette somme devra être remboursée à une époque déterminée, afin que je puisse exercer un droit de réméré quant à un immeuble que j'ai vendu 50.000 fr. et qui en vaut 100.000. J'ai, d'ailleurs, le soin de stipuler que, faute de me rembourser à temps, l'emprunteur devra me payer à titre de peine la somme de 50.000 fr., différence entre le prix de vente et la valeur réelle de l'immeuble vendu. A l'époque dite, mon ami ne me rembourse pas, et, par suite, le délai expire avant que j'aie pu exercer le droit de rachat. Aurai-je le droit de réclamer la somme de 50.000 fr., montant de la peine convenue ?

Oui, répondent plusieurs auteurs justement estimés. Les intérêts moratoires ne sont que la réparation du préjudice qui est causé au créancier par la privation de son capital et par le risque de perte qu'il court jusqu'au paiement. Or,

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 108; Laurent, XVI, n. 309. — Req., 12 mars 1855, S., 56. 2. 737, D. P., 56. 1. 162; 1er fév. 1864, S., 64. 1. 62, D. P., 64. 1. 155.

(2) V. le rapport de M. Labiche au Sénat, *Journ. off.*, 2 juill. 1899, *Docum. parlem.*, Sénat, *Session ordinaire*, annexe n. 156, p. 588, col. 3, *in fine*, et p. 589, col. 1. — V. aussi Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 178, note 50 *ter*.

dans l'hypothèse, la clause pénale est relative à un dommage particulier exceptionnel. Il est bien juste que, si ce dommage spécial se réalise, le créancier reçoive une indemnité spéciale. D'ailleurs cette stipulation est autorisée par la disposition de l'art. 1152, aux termes de laquelle : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

Mais d'autres auteurs, également considérables, se prononcent en sens contraire, et cette dernière opinion nous paraît imposée par le texte et par les motifs de la loi : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, dit l'art. 1153, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent *jamais* que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ». Ce principe n'admet donc que les exceptions prévues par le législateur. Au surplus, le but de cette disposition est d'empêcher les difficultés relatives à la vérification du dommage. Ce but serait manqué si les parties pouvaient, en visant un préjudice particulier, stipuler une peine en sus de l'intérêt légal, car les juges seraient obligés de rechercher si ce préjudice s'est réalisé. Ils devraient même, du moins en matière civile, pour déjouer les fraudes des usuriers, rechercher si la peine stipulée n'excède pas le montant du dommage, car, sans cela, rien ne serait plus facile que d'éluder la disposition de l'art. 1er de la loi du 3 septembre 1807 (1).

509. En ce qui concerne les intérêts moratoires des sommes dues par le Trésor, la jurisprudence de la cour de cassation et du conseil d'Etat peut donner lieu à de graves critiques.

Pour refuser à un créancier des dommages-intérêts en cas de retard dans le paiement de la somme due lorsque le débiteur est en faute ou en demeure, il faut évidemment qu'il y

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 530 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 70 *bis*-IV; Pont, *Prêt*, n. 286-287; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 107, 5e édit., p. 175; Demolombe, XXIV, n. 642-643; Laurent, XVI, n. 317; Huc, VII, n. 161, p. 228 *in fine.* — *Contra* Toullier, VI, n. 267; Duranton, X, n. 488; Taulier, IV, n. 304 et 305; Larombière, II, p. 67 (art. 1153, n. 18).

ait une raison de déroger à la règle générale. Or la cour de cassation et le conseil d'Etat, prenant le contre-pied de cette proposition, ont rejeté des demandes d'intérêts moratoires formées contre le Trésor, en se fondant sur ce que, dans la matière, il n'existait pas de disposition de loi autorisant l'allocation de ces intérêts (1). N'est-il pas manifeste que ce raisonnement est contraire aux règles les plus élémentaires de l'interprétation juridique? On peut dire, il est vrai, que, dans plusieurs espèces, la cour de cassation et le conseil d'Etat ont été déterminés par des motifs qu'ils n'ont pas mentionnés dans leurs décisions : s'ils ont refusé les intérêts des taxes remboursées aux contribuables et des frais accessoires d'expertise, c'est parce que les principes qui gouvernent le recouvrement des contributions directes et taxes assimilées leur ont paru commander cette dérogation (2). Si le conseil d'Etat a refusé des intérêts en cas de retard dans le paiement du traitement d'un fonctionnaire, c'est à raison des principes qui régissent la comptabilité publique (3). Ce

(1) Cons. d'Etat, 15 mai 1857, D. P., 60. 3. 45; 23 fév. 1861, D. P., 61. 3. 83; 31 août 1863, D. P., 64. 3. 9; 25 juin 1868, D. P., 69. 3. 62; 2 juin 1869, D. P., 71. 3. 9; 26 fév. 1875, D. P., 76. 3. 116; 29 déc. 1876, D. P., 77. 3. 47; 26 janv. 1877, D. P., 77. 3. 20; 22 déc. 1882 et 13 avril 1883, D. P., 84. 3. 82; 22 juin 1883, D. P., 84. 3. 114; 11 juin 1886, D. P., 87. 3. 117; 11 juil. 1890, D. P., 92. 5. 368; 19 nov. 1886, D. P., 88. 3. 22; 21 janv. 1887 (2 arrêts), D. P., *ibid.*; 27 nov. 1891, D. P., 93. 3. 19; 29 juil. 1898, D. P., 99. 3. 106; 9 juin 1899, *Rec. Lebon*, 1899, p. 420-421; 8 août 1899, D. P., 1901. 3. 6. — V. aussi Fuzier-Herman, *Rép. gén. alph. du dr. franç.*, v° *Contributions directes*, n. 2827. — Quant à la jurisprudence de la cour de cassation, relativement aux sommes dues par le Trésor public, voyez, en matière d'enregistrement, Civ. cass., 21 janv. 1840, S., 40. 1. 309; 16 mars 1840, S., 40. 1. 354; 21 mars 1842, S., 42. 1. 313; 26 août 1844, S., 44. 1. 708; 17 janv. 1854, S., 54. 1. 202, D. P., 54. 1. 257; 12 mai 1862, S., 62. 1. 540, D. P., 62. 1. 216; 22 nov. 1875, S., 76. 1. 182, D. P., 76 1. 108; 7 fév. 1877, S., 77. 1. 131, D. P., 77. 1. 175, et, pour les décisions antérieures, Fuzier-Herman, *op. cit.*, v° *Intérêts*, n. 419; — en matière de contributions indirectes, Civ. cass., 6 nov. 1900, D. P., 1901. 1. 186; — en matière d'octroi, Civ. cass., 12 fév. 1878, S., 80. 1. 408, D. P., 78. 1. 175; 21 juin 1880, S., 81. 1. 110; 29 juin 1886, S., 87. 1. 34, D. P., 86. 1. 464; — en matière de douanes, Req., 27 nov. 1867, D. P., 68. 1. 267. — Civ. cass., 19 fév. 1884, S., 86. 1. 452, D. P., 84. 1. 332; — en matière de taxes postales, Civ. cass., 27 avril 1863, S., 63. 1. 304, D. P., 63. 1. 166. — La jurisprudence de la cour de cassation belge est en sens inverse. V. 24 fév. 1835, 7 nov. 1836 et 12 nov. 1838, *Pasicr. chr.*; 28 nov. 1892, S., 94. 1. 13.

(2) Cons. d'Etat, 2 juin 1869 et 26 fév. 1875, précités.

(3) Cons. d'Etat, 26 janv. 1877, 19 nov. 1886 et 27 nov. 1893, précités.

dernier motif l'a également décidé à ne pas accorder d'intérêts en cas de retard dans le paiement d'une subvention due par l'Etat (1).

Mais on peut citer une décision par laquelle, bien que la question se présentât devant lui dans les mêmes conditions que précédemment, il a, au contraire, alloué des intérêts à un fonctionnaire pour retard dans le paiement de son traitement (2).

Il nous paraît donc impossible de déterminer suivant quelle distinction le conseil d'Etat accorde ou refuse les intérêts des sommes dues par le Trésor, et, d'une façon générale, les décisions par lesquelles les deux juridictions ont écarté, au regard de celui-ci, l'application de l'art. 1153, ne nous paraissent pas susceptibles d'être justifiées.

510. Remarquons, d'ailleurs, que la cour de cassation et le conseil d'Etat décident en sens inverse que les créances du Trésor sur les contribuables ne sont pas davantage susceptibles de produire des intérêts moratoires (3).

Ici encore ils invoquent ce prétendu motif qu'ils ne peuvent, en l'absence d'une disposition légale les y autorisant, condamner les redevables au paiement des intérêts. Mais, dans quelques arrêts, la cour de cassation se fonde sur ce qu'aucun impôt direct ou indirect ne peut être ni augmenté, ni diminué, ni modifié qu'en vertu d'une loi expresse (4). L'argument est loin d'être décisif. Si, dans notre cas, les juges appliquaient la disposition de l'art. 1153, ils n'augmenteraient

(1) Cons. d'Etat, 3 mars 1882, D. P., 83. 3. 113.

(2) Cons. d'Etat, 9 août 1880, D. P., 82. 3. 4. — Le conseil d'Etat a également alloué les intérêts de sommes reversées au Trésor, sur le montant d'une pension ou d'un traitement en vertu d'une décision ministérielle, et dont il ordonnait la restitution. C. d'Etat, 24 janv. 1879, D. P., 79. 3. 44; 1er juin 1883, D. P., 84. 3. 83; 8 août 1885, D. P., 86. 5. 259. — Toutefois on fait remarquer, en ce qui concerne ces dernières décisions, que le motif tiré des règlements de la comptabilité publique, qui explique le refus d'allocation des intérêts pour le retard dans le paiement d'un traitement, n'existe pas en cas de reversement au Trésor par un particulier.

(3) Civ. cass., 7 fév. 1877 et 19 fév. 1884, précités. — *Adde* Civ. cass., 21 janv. et 16 mars 1840 et 12 mai 1862, précités. — V. aussi plusieurs décisions du cons. d'Etat, dans Fuzier-Herman, *op.* et v° *cit.*, n. 2826.

(4) Civ. cass., 7 fév. 1877 et 19 fév. 1884, précités.

pas l'impôt; ils alloueraient une indemnité au Trésor à raison du préjudice causé par le retard apporté au paiement de l'impôt, ce qui est bien différent.

511. Disons quelques mots de la particularité qui a été supprimée par la loi du 7 avril 1900.

En règle générale, une simple sommation suffit pour rendre le débiteur passible des dommages et intérêts moratoires. Aux termes de l'ancien art. 1153, elle ne suffisait plus lorsque l'obligation que le débiteur était en retard d'exécuter était une obligation de payer une somme d'argent. La loi exigeait ici une mise en demeure plus énergique. Elle ne se contentait même pas d'un commandement (1) ou d'une saisie (2). Elle disposait que les intérêts moratoires n'étaient dus que du jour de la demande : expression qui faisait allusion très certainement à une demande en justice, ainsi que le prouvait l'art. 1479, qui contenait une application particulière de cette règle (3).

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Commandement*, n. 18; Larombière, II, p. 71 (art. 1153, n. 20); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 98, texte et note 17, 5e édit., p. 161, texte et note 24 *septies;* Demolombe, XXIV, n. 629; Laurent, XVI, n. 325; Huc, VII, n. 156. — Grenoble, 9 mars 1825, S., 25. 2 310. — Riom, 17 mai 1830, S., 33. 2. 463. — Riom, 4 fév. 1845, *Rec. jud. Midi*, p. 572. — Trib. civ. Seine, 27 mars 1896, *Gaz. Trib.*, 11 août 1896. — Cpr. Req., 16 nov. 1126, S. chr., VIII. 1. 455. — Civ. rej., 15 avril 1846, S., 46. 1. 818, D. P., 52. 1. 119. — En conséquence, les condamnations aux dépens ne portaient pas intérêt à partir de la mise en demeure par commandement. Bioche, v° *Intérêt judiciaire*, n. 10. — Trib. d'Albi, 21 mai 1853, S., 53. 2. 599. — V. cep. Toulouse, 22 janv. 1829, S., *loc. cit.*, à la note. — Pas plus que les commandements, les contraintes, notamment celles décernées en paiement des droits de douane, ne pouvaient être considérées comme des *demandes*, dans le sens de l'art. 1153. — Bordeaux, 4 juill. 1832, S., 33. 2. 55, D., *Rép. alph.*, v° *Prêt à intérêts*, n. 46, et v° *Effets de comm.*, n. 911. — Après les explications qui précèdent, à peine est-il besoin de dire qu'une simple lettre missive ne pouvait pas faire courir les intérêts. Civ. cass., 13 janv. 1852, S., 52. 1. 238, D. P., 52. 1. 54. — Il a été cependant jugé qu'il en était autrement en matière commerciale. Colmar, 29 avril 1850, *Journ. Pal.*, 52. 1. 254.

(2) La saisie est, il est vrai, un acte d'exécution et, par conséquent, une manifestation aussi énergique que possible de la volonté qu'a le créancier d'être immédiatement payé. Mais cette considération ne pouvait pas prévaloir sur les termes formels de l'art. 1153.

(3) Et toutefois la citation en conciliation étant dans la plupart des cas un préliminaire obligé de la demande en justice, l'art. 57 du Code de procédure civile décide avec raison que cette citation fera courir les intérêts moratoires, pourvu que la demande soit formée dans le mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. — Il n'était point nécessaire, bien entendu, que la demande

Pourquoi une simple sommation ne pouvait-elle pas, conformément au droit commun, faire courir les intérêts moratoires ? Pourquoi la loi exigeait-elle la mise en demeure la plus énergique de toutes, celle qui résulte d'une demande en justice ? Voici comment Demolombe essayait d'expliquer cette disposition : « La loi a voulu, dans l'intérêt du débiteur, que le créancier manifestât catégoriquement et énergiquement sa volonté de faire courir les intérêts : *catégoriquement,* c'est-à-dire en termes clairs et non équivoques ; *énergiquement,* c'est-à-dire par un acte assez menaçant pour ne laisser au débiteur aucune illusion » (1). Mais, comme le disait très bien Laurent, cette raison était d'une faiblesse extrême (2). Est-ce donc que le commandement, par exemple, peut laisser quelque illusion au débiteur sur les intentions du créancier?

La loi du 7 avril 1900, prenant en considération cette critique, a supprimé la nécessité d'une demande en justice. Aujourd'hui, alors même qu'il s'agit d'une obligation de payer une somme d'argent, une simple sommation suffit pour la mise en demeure. Art. 1153, nouvel al. 3. A plus forte raison le même résultat peut-il être obtenu au moyen d'un commandement ou, comme par le passé, au moyen d'une demande en justice. Ainsi, lorsqu'une sommation de payer a été signifiée avant l'introduction d'une instance tendant à obtenir l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, les juges, qui condamnent le défendeur à payer le capital et les intérêts moratoires, doivent le condamner au paiement de ceux-ci, non pas seulement à partir du jour de l'assignation, mais bien à dater de la sommation antérieure (3).

Toutefois, en réalité, la réforme, surtout en matière civile, a peu d'importance, tant les exceptions admises par des dispositions spéciales de la loi étaient nombreuses. D'ailleurs,

en justice eût été précédée d'une mise en demeure. — Req., 19 juil. 1870, D. P., 72. 1. 18.

(1) Demolombe, XXIV, n. 625.

(2) Laurent, XVI, n. 319. — Il se peut que la disposition dont nous parlons fût, ainsi que le faisait observer Huc, un vestige de cette défaveur dont le capital monétaire a été toujours l'objet à raison de la facilité avec laquelle l'accumulation des intérêts augmente la dette. Huc, VII, n. 156, p. 221.

(3) Chambéry, 30 juillet 1900, D. P., 1902. 2. 121.

quand la sommation demeure sans effet, il faut, comme autrefois, assigner le débiteur en justice, de sorte qu'en définitive, les frais sont, dans ce cas, plus élevés qu'avant la loi du 7 avril 1900.

512. A notre avis, il est incontestable que, pour avoir droit aux intérêts moratoires, le créancier n'a qu'à sommer le débiteur de payer le capital. Il n'est donc pas besoin que les intérêts soient spécialement visés dans la sommation. Les auteurs de la loi du 7 avril 1900 ont voulu qu'au point de vue des effets de la mise en demeure quant aux dommages-intérêts, les obligations qui ont pour objet une somme d'argent fussent replacées sous l'empire de la règle de droit commun, écrite dans l'art. 1139 (1). Voilà qui nous paraît décisif (2).

512 I. Tandis qu'aux termes de l'art. 1139, le débiteur est constitué en demeure *par une sommation ou par un autre acte équivalent,* le nouvel alinéa 3 de l'art. 1153 ne vise formellement que la *sommation de payer*. D'après nous, il ne s'ensuit point qu'on ne puisse faire courir les intérêts qu'au moyen d'une sommation extrajudiciaire. Il nous paraît évident qu'aujourd'hui encore le même résultat peut être obtenu par une demande en justice. Nous pensons même que la déclaration par laquelle un débiteur se reconnaîtrait en demeure produirait le même effet. A plus forte raison en dirons-nous autant d'un commandement. Tout cela résulte de cette idée générale, déjà exprimée par nous, que le législateur de 1900 a voulu faire rentrer dans le droit commun, quant à la mise en demeure, les obligations ayant pour objet une somme d'argent (3).

513. Sous l'empire de l'ancien art. 1153, c'était une question très discutée que celle de savoir ce que la demande en justice devait comprendre pour faire courir les intérêts moratoires. Fallait-il qu'elle portât spécialement sur ces intérêts?

(1) Rapport de M. Labiche au Sénat, *Journ. off.* du 2 juillet 1899, annexe n. 156, p. 389, 1re col.; rapport de M. Arthur Legrand à la Chambre des députés, *Journ. off.* du 15 avril 1900, annexe n. 1538, p. 718, 3e col.

(2) *Sic* Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 156, note 15. — *Contra* Félix Bonnet, *Etude sur le taux de l'intérêt, Journ. du notariat*, 1900, p. 307.

(3) Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 156, note 16.

Suffisait-il qu'elle mentionnât le capital? La plupart des auteurs adoptaient la première opinion. La cour de cassation se prononçait dans l'autre sens (1). Il est évident que la question ne peut plus se poser. S'il suffit que la simple sommation vise le capital, il doit en être de même de la demande en justice. Sans doute le juge ne pourra allouer au demandeur les intérêts moratoires qu'autant que celui-ci les aura réclamés; autrement il statuerait *ultra petita,* ce que notre loi ne permet pas. Art. 480-3° C. pr. Mais il n'est pas nécessaire que cette demande spéciale soit formée par voie d'ajournement; elle peut l'être au cours de l'instance sur l'action principale, et, en conséquence, par de simples conclusions. Et même, lorsque le créancier n'a obtenu condamnation que pour le principal, il est fondé à réclamer par une nouvelle instance les intérêts à partir du jour où la demande du principal a été formée. Tout cela est aujourd'hui hors de discussion.

514. Avant la loi du 7 avril 1900, la plupart des auteurs décidaient que la demande formée devant un juge incompétent ne faisait pas courir les intérêts moratoires (2). Cependant Larombière estimait avec raison qu'il en était autrement dans tous les cas où, par dérogation au principe posé dans l'art. 1153, al. 3, une simple sommation suffisait pour produire ce résultat (3). Aujourd'hui, l'exception étant devenue la règle, la demande formée devant un tribunal incompétent doit toujours faire courir les intérêts. Une pareille demande, en effet, vaut nécessairement comme sommation.

515. Il est évident qu'avant la loi du 7 avril 1900, la demande nulle en la forme ne satisfaisait pas à l'exigence de

(1) V. Fuzier-Herman, *Code civil annoté,* art. 1153, n. 170; Dalloz, *Nouv. Code civil annoté,* art. 1153, n. 172.

(2) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 70 *bis*-VII; Larombière, II, p. 77 (art. 1153, n. 26); Caillemer, *Des intérêts,* p. 108; Demolombe, XXIV, n. 631; Laurent, XVI, n. 324; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 98, texte et note 16, 5e édit., p. 161, texte et note 24 *sexties.* — Ces derniers auteurs avaient d'abord adopté l'autre opinion. — *Contra* Chauveau, *Lois de la procédure,* I, p. 277; Duranton, XXI, n. 265; Devilleneuve, sous Civ. cass., 11 janv. 1847, S., 47. 1. 522. — La jurisprudence était fixée dans le premier sens. — V. notamment Civ. cass., 11 janv. 1847, S., *loc. cit.,* D. P., 47. 1. 76; 25 mai 1887, S., 87. 1. 385, D. P., 88. 5. 286.

(3) Larombière, II, p. 79 (art. 1153, n. 27). — V. aussi Amiens, 8 fév. 1862, S., 62. 2. 110.

l'art. 1153. Mais, depuis la modification apportée à ce texte, si l'acte dont il s'agit, quoique nul en la forme en tant que demande en justice, réunit les conditions voulues pour constituer une sommation, il n'y a pas de raison pour qu'il ne fasse pas courir les intérêts.

516. Les rédacteurs du Code civil avaient fait, dans deux textes spéciaux, des applications du principe posé par eux dans l'art. 1153, al. 3. L'art. 1479 était conçu en ces termes : « Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, ne portent intérêt *que du jour de la demande en justice* ». Et l'art. 1904 : « Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt *du jour de la demande en justice* » (1). Pour mettre ce dernier texte en harmonie avec la règle formulée dans le nouvel art. 1153, al. 3, le législateur de 1900 en a ainsi modifié la fin : « du jour *de la sommation ou* de la demande en justice ». Mais il n'a rien changé à l'art. 1479. C'est là certainement la conséquence d'un oubli. On ne voit pas ce qui peut, dans l'hypothèse prévue par ce dernier texte, justifier une dérogation. L'interprète doit-il modifier les termes de l'art. 1479 comme le législateur l'eût fait lui-même, s'il avait porté son attention sur cet article? Faut-il dire qu'aujourd'hui, nonobstant le maintien pur et simple du texte primitif de l'art. 1479, les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre portent intérêt du jour de la simple sommation? A l'appui de la négative on peut faire observer que la disposition de l'art. 1479 est relative à un cas particulier; qu'elle ne saurait donc être considérée comme implicitement abrogée par la nouvelle loi. Cependant l'opinion contraire paraît l'emporter. On la fonde sur l'esprit de la loi du 7 avril 1900 et sur l'impossibilité d'expliquer rationnellement l'existence d'une dérogation dans le cas prévu par l'art. 1479 (2).

517. L'art. 1153, dans son troisième alinéa, vise des cas où les intérêts moratoires courent de plein droit. Ces cas

(1) V. sur la disposition de l'art. 1904, *infra*, n. 523.

(2) *Sic* Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, II, n. 1177 (2e éd., p. 521); Planiol, III, n. 1377-2o, II, 1re éd., n. 291, 2e et 3e éd., n. 276; Sirey, 1901, *Bulletin bibliographique*, p. 17, col. 3.

sont nombreux; mais, du moment qu'au principe de la nécessité d'une demande en justice, la loi du 7 avril 1900 a substitué celui de la nécessité d'une sommation, ils constituent, depuis comme avant cette loi, des exceptions. V. art. 455, 456, 474, al. 1, 609, 612, 856, 1378, 1440, 1473, 1548, 1570, 1652, al. 3, 1846 (1), 1996, 2001 (2), 2028.

518. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que, dans les comptes courants, les intérêts des sommes avancées ou versées par l'une des parties courent du jour des avances ou des versements; mais cette décision est fondée sur une convention tacite admise par les usages du commerce, et, par suite, elle ne suppose pas une nouvelle exception à la disposition du troisième alinéa de l'art. 1153 (3).

(1) Aux termes de l'art. 1846, l'associé est de plein droit débiteur des intérêts « des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier ». L'associé ne peut même pas échapper à l'application de ce texte en établissant que le retard n'a pas causé de préjudice à la société. Baudry-Lacantinerie et Wahl. *De la soc., du prêt et du dépôt*, n. 179 *in fine* et les autorités citées. — D'après une jurisprudence qui paraît aujourd'hui fixée, et d'après la très grande majorité des auteurs, la société doit de plein droit, en sens inverse, du jour où les avances ont été faites, les intérêts des sommes avancées pour son compte par l'un des associés. — Voyez Req., 21 juill. 1884, S., 86. 1. 291, et, en note, sous cet arrêt, les autorités en sens divers. — Dans cette décision, la cour suprême se borne à invoquer « une juste réciprocité ». — *Adde* dans le même sens Req., 26 mars 1901, D. P., 1901. 1. 384. L'argument qu'invoque la cour suprême n'est pas suffisant et ne saurait justifier une dérogation au principe de l'art. 1153. Il vaut mieux, avec la plupart des auteurs, notamment avec Aubry et Rau (IV, p. 558, note 5), Pont (*Sociétés*, n. 413) et Laurent (XXVI, n. 277), s'appuyer sur la disposition de l'art. 2001 combinée avec celle de l'art. 1859, n. 1. Toutefois Colmet de Santerre, se fondant sur ce que le contrat de société se suffit à lui-même, et sur ce que l'art. 2001 contient une exception, estime que les intérêts des sommes avancées à la société par un des associés ne courent jamais de plein droit. VIII, n. 32 *bis*-II.

(2) L'application de l'art. 2001 peut-elle être étendue à la gestion d'affaires? V. notre tome III, n. 2820.

(3) V. en ce sens, Pardessus, *Cours de dr. comm.*, II, n. 475; Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de comm.*, II, n. 497; Massé, *Dr. comm.*, III, n. 1698; Noblet, *Du compte courant*, n. 8 et 36; Pont, *Du prêt*, n. 251; Alauzet, *Comm. code comm.*, II, p. 634; Demolombe, XXIV, n. 633; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 99, note 20, 5e édit., p. 157, note 18; Laurent, XVI, n. 334; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, IV, 841, p. 566. — Civ. rej., 8 mars 1853, S., 54. 1. 769, D. P., 54. 1. 336; Lyon, 20 nov. 1857, S., 58. 2. 699. — Req., 12 juin 1876, S., 76. 1. 374, D. P., 78. 1. 151; 18 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 774. — Solution expresse dans plusieurs codes étrangers : C. co. ital., art. 345-3°; C. co. chil., art. 606-2°; C. co. roum., art. 370-3°; C. co. port., art. 354-1°.

519. D'ailleurs cette décision est exacte soit que le compte courant existe entre commerçants, soit qu'il existe entre non-commerçants ou entre un commerçant et un non-commerçant. Les parties, en convenant de l'ouverture d'un compte courant, acceptent implicitement les effets qu'un pareil contrat doit produire suivant les usages du commerce (1).

520. Laurent nous apprend que, sur les places d'Anvers et de Verviers, il est d'un usage constant consacré par la jurisprudence belge, que les intérêts du prix des marchandises vendues entre commerçants courent du jour de l'échéance (2). Si nos tribunaux constataient qu'un pareil usage existe sur une place française, ils devraient certainement admettre dans ce cas une exception à la nécessité d'une sommation (3).

521. Au surplus, d'une façon générale, rien ne s'oppose à ce que les parties stipulent que les intérêts moratoires seront dus de plein droit par la seule échéance du terme. Si la loi exige une sommation, c'est dans l'intérêt particulier du débiteur. On ne voit donc pas pourquoi les parties n'auraient pas le droit de déroger à cette règle. Nous savons, d'ailleurs, que la loi le fait elle-même dans plusieurs cas. *Adde* arg. art. 1139.

522. En sens inverse, les parties peuvent stipuler qu'une demande en justice sera nécessaire pour faire courir les intérêts. En un mot, il leur est permis de rétablir, en ce qui les concerne, la règle anciennement contenue dans le troisième alinéa de l'art. 1153. Comment, en effet, la situation faite aux parties par la loi du 7 avril 1900 ne pourrait-elle pas être aggravée au regard du créancier, alors qu'elle peut l'être au regard du débiteur ?

523. L'art. 1153 n'est relatif qu'aux obligations de sommes d'argent. Toutefois, dans le prêt de consommation, si l'emprunteur est en retard pour la restitution des choses prêtées, il ne doit que l'intérêt de leur valeur dans les conditions établies par l'art. 1153, alors même que le prêt a eu pour objet des choses fongibles autres que de l'argent. C'est ce que

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n. 845, p. 570.

(2) Laurent, XVI, n. 335. — Bruxelles, 7 déc. 1853, *Pasicr. belge*, 53. 2. 40. — Trib. com. Verviers, 12 déc. 1869, *Pasicr. belge*, 72. 3. 73.

(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n. 32.

décide l'art. 1904, ainsi conçu : « Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées *ou leur valeur* au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la sommation ou de la demande en justice ». Le motif de cette disposition c'est qu'à défaut de restitution des choses prêtées, l'obligation primitive de l'emprunteur se transforme en dette de somme d'argent (¹).

III. *De l'anatocisme.*

524. L'anatocisme (de ἀνά τόκος, nouveau produit) est la *capitalisation* des intérêts. Au lieu de payer à son créancier les intérêts échus, le débiteur les garde et en sert l'intérêt; de la sorte les intérêts sont capitalisés, c'est-à-dire qu'ils se joignent au capital et deviennent comme lui productifs d'intérêts. Par l'effet de l'anatocisme, les dettes grossissent avec une effrayante rapidité : en supposant une somme prêtée à 5 p. 100 avec stipulation qu'au bout de chaque année les intérêts resteront aux mains du débiteur et produiront eux-mêmes des intérêts, le capital de la dette se trouvera doublé en quatorze ans environ.

525. L'anatocisme a été toujours considéré avec raison comme un danger social. Qu'il s'applique aux intérêts échus ou aux intérêts à échoir, les débiteurs, sous la pression du besoin d'argent, subissent ordinairement les conditions que les créanciers veulent leur imposer. La plupart d'entre eux les acceptent d'autant plus facilement qu'ils sont peu habitués aux calculs d'intérêts composés.

Quand les parties conviennent d'avance que les intérêts, en cas de non paiement à l'échéance, produiront eux-mêmes des intérêts, l'anatocisme est particulièrement désastreux. Alors, en effet, le débiteur se berce généralement de l'illusion qu'il pourra conjurer le péril en payant les intérêts et en

(¹) Duranton, XVII, n. 590; Troplong, *Prêt*, n. 301; Colmet de Santerre, VIII, n. 111 *bis;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 600, texte et note 6; Demolombe, XXIV, n. 624; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 219; Larombière, II, p. 73 (art. 1153, n. 20, al. 4 et 5); Laurent, XXVI, n. 511; Vigié, III, n. 1033; Guillouard, *Prêt*, n. 98; Thiry, IV, n. 166 *in fine;* Huc, XII, n. 177, p. 233; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la soc., du prêt et du dépôt*, n. 799. — Aubry et Rau avaient d'abord soutenu l'opinion contraire, 3e édit., III, p. 482, texte et notes 1 et 2 *in fine*.

empêchant ainsi leur capitalisation. Mais, à l'échéance, son espoir est déçu, et il en est ainsi jusqu'au jour où sa ruine est consommée.

Aussi, de tout temps, les législateurs ont-ils interdit l'anatocisme ou ne l'ont-ils autorisé qu'avec d'importantes restrictions (1). Le C. civ. allemand le proscrit d'une façon absolue (2) : « Il ne peut être perçu d'intérêts moratoires pour intérêts », telle est sa disposition. Art. 289, al. 1 (3). Le législateur de 1804 s'est montré moins sévère : « *Les intérêts échus des capitaux*, dit-il, *peuvent produire des intérêts ou*

(1) Dans l'ancien droit romain, l'anatocisme était permis pour les intérêts échus, *præteriti temporis*, mais prohibé pour les intérêts à échoir, *futuri temporis*. L. 26, § 1, D., *De condictione indebiti*, XII, 6. — Justinien a supprimé cette distinction et a prohibé complètement l'anatocisme : « ...*Nullo modo licere cuidam usuras præteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari*... » L. 28, C., *De usuris*, IV, 32. — Cette prohibition fut maintenue dans notre ancien droit. Elle n'y avait d'ailleurs de sens que dans le cas où, par exception, un capital pouvait produire des intérêts en vertu d'une convention, par exemple quand il s'agissait des arrérages d'une rente constituée à prix d'argent. Elle fut reproduite dans l'ordonnance de mars 1673, sur le commerce, tit. IV, art. 2. Pendant la période intermédiaire, la Convention déclara, le 11 avril 1793 et, de nouveau, le 6 floréal an III, que l'argent était une marchandise dont le prix, représenté par l'intérêt, pouvait, comme le prix de toute autre marchandise, être librement débattu entre les contractants. Néanmoins, comme elle ne s'était pas spécialement prononcée sur l'anatocisme, la disposition précitée de l'ordonnance de 1673 devait, d'après l'opinion générale, représentée notamment par la jurisprudence, continuer à s'appliquer : « Il n'existe aucune loi du nouveau régime qui réforme à cet égard la disposition de l'ordonnance de 1673 », disait le tribunal de cassation. Arrêt du 8 frim. an XII, S. chr., I. 1. 895. — V. cep. Req., 16 nov. 1813, S. chr., IV. 1. 466.

(2) *Sic* C. civ. chil., art. 1559 et 2210.

(3) Traduc. Saleilles, p. 411. — Toutefois, dans son alinéa 2, le même article réserve au créancier, conformément aux principes généraux consacrés par le C. civ. allemand relativement à l'inexécution des obligations, le droit de réclamer une indemnité à raison du préjudice que lui a causé le retard dans le paiement des intérêts, mais à charge pour lui de prouver ce préjudice. Il pourra donc arriver qu'il reçoive une indemnité égale au montant des intérêts moratoires que les intérêts non payés à l'échéance auraient produits si la loi ne s'y était pas opposée. V. Saleilles, *Bull. soc. lég. comp.*, XXVIe année, p. 782 *in fine* et 783; traduc. précitée, p. 411, note sous l'art. 289. — D'ailleurs le projet primitif du C. civ. allemand n'interdisait pas l'anatocisme d'une façon absolue. Aux termes de ce projet, c'était seulement lorsque les intérêts échus avaient le caractère d'intérêts légaux, qu'ils ne pouvaient pas produire d'intérêts. Il en était donc autrement des intérêts conventionnels. Toutefois les intérêts moratoires de ces derniers ne pouvaient courir que par une demande en justice. V. Saleilles, *Bull. soc. lég. comp.*, *ibid.*, et *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, n. 32.

» *par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale,* » *pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention,* » *il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière* ». Art. 1154 (1).

526. Bien que l'art. 1154 parle des intérêts *des capitaux,* les intérêts des intérêts peuvent, à leur tour, porter intérêt et ainsi indéfiniment, pourvu que les conditions exigées par la loi soient remplies. Le texte même de l'art. 1154 n'y fait pas obstacle. On peut dire, en effet, que les intérêts des intérêts sont des intérêts de capitaux, puisque les intérêts qui les produisent sont capitalisés, c'est-à-dire transformés en capitaux.

Cependant Aubry et Rau enseignent que les intérêts des intérêts « ne peuvent être convertis, à leur tour, en un capital productif d'intérêts » (2). S'ils se prononcent en ce sens, c'est évidemment parce que l'art. 1154 ne parle que des intérêts des capitaux. Mais les termes mêmes dont ils se servent pour formuler cette conséquence, ruinent leur système dans sa base, car ils supposent que les intérêts du capital sont convertis en capital; les intérêts de ces prétendus intérêts sont, par conséquent, les intérêts d'un capital et rentrent dans la lettre même de l'art. 1154.

Dans une des précieuses notes dont ils ont enrichi la 5e édition du *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ,* MM. G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault prétendent que, sur ce point, nous commettons une *pétition de principe,* « car il s'agit précisément, disent-ils, de savoir si l'on peut convertir en capital les intérêts des intérêts » (3). Tel est, en effet, le problème; aussi nous gardons-nous de trancher la question par la question, ce qui serait indispensable pour

(1) La convention d'où résulte la capitalisation peut être tacite et se déduire des circonstances de la cause, notamment d'un relevé de compte où sont portés les intérêts capitalisés des sommes restant dues, alors que le débiteur n'a jamais protesté ni fait aucune réserve et qu'il a même versé les acomptes qui lui étaient réclamés — Nancy, 26 fév. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 529.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 109, 5e édit., p. 180 *in fine*, 181, texte et note 55 *bis*. — V. dans le même sens Larombière, II, p. 96 (art. 1154-1155, n. 5, al. 2).

(3) Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 181, note 55 *bis*.

qu'il y eût pétition de principe. Nous n'arrivons à notre solution que par le raisonnement : l'art. 1154 permet sous certaines conditions la capitalisation des intérêts d'un capital. Donc, lorsque les conditions exigées par la loi sont réunies, les intérêts d'un capital deviennent eux-mêmes un capital. Cette proposition ne fait que répéter sous une autre forme la disposition de l'art. 1154. La production d'intérêts par les intérêts est bien ce que l'on entend par le mot capitalisation, or, comme ce mot le dit assez, la capitalisation est la transformation des intérêts en *capital*. Mais, s'il en est ainsi, les intérêts des intérêts capitalisés sont les intérêts d'un capital, et, par conséquent, ils rentrent dans les termes de l'art. 1154. Une fois que ces nouveaux intérêts seront eux-mêmes capitalisés, ce même argument pourra s'appliquer à leurs intérêts, et ainsi de suite.

527. Comme nous l'avons montré, la disposition de l'art. 1154, en tant qu'elle apporte des restrictions à la liberté de l'anatocisme, constitue l'atténuation d'un véritable péril social. Il n'est donc pas douteux qu'elle a le caractère de disposition d'ordre public [1].

Elle peut, par suite, être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation [2].

Mais celle-ci décide que les juges n'ont pas à rechercher d'office si un contrat contient une clause prohibée d'anatocisme [3].

528. La loi du 12 janvier 1886, qui a rendu libre le taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale, ne doit pas être considérée comme ayant abrogé implicitement dans cette matière les restrictions apportées à l'anatocisme par l'art. 1154. Ces dispositions existaient antérieurement aux lois du 3 septembre 1807 et du 19 septembre 1850, qui sont venues limiter le taux de l'intérêt conventionnel. Comment prétendre, dès lors, que l'abrogation partielle de ces lois a

(1) Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 180, note 53 *bis*.

(2) Civ. rej., 9 juillet 1895, S., 97. 1. 133, D. P., 96. 1. 85. — *Adde* Civ. cass., 18 mars 1850, S., 50. 1. 381, D. P., 50. 1. 101 ; 17 mai 1865, S., 65. 1. 250, D. P., 65. 1. 273. — Chambéry, 3 juillet 1878, D. P., 79. 2. 218. — V. aussi *infra*, n. 538.

(3) Civ. cass. (sur ce moyen), 15 nov. 1898, D. P., 1904. 1. 465.

pu restreindre le domaine de l'art. 1154 ? Au surplus, l'anatocisme est beaucoup plus dangereux que la liberté de l'intérêt. Il n'y a donc rien d'illogique à instituer celle-ci, tout en proscrivant celui-là (1).

529. Les intérêts, on l'a vu, peuvent produire des intérêts en vertu d'une demande judiciaire (2). Mais, pour rendre des intérêts productifs d'intérêts, il ne suffit pas de demander en justice qu'ils soient payés. Il faut demander directement leur capitalisation.

Nous avons dit, au contraire, que la demande d'un capital faisait par elle-même courir les intérêts de celui-ci, et qu'il n'était pas besoin que ces intérêts fussent l'objet d'une demande spéciale. L'exigence particulièrement rigoureuse du législateur en ce qui concerne l'intérêt des intérêts s'explique par la méfiance que l'anatocisme lui inspirait (3).

530. La capitalisation des intérêts peut en principe être valablement demandée même lorsque ces intérêts n'ont pas été liquidés (4). Il en est autrement toutefois quand le mon-

(1) *Sic* Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 33. — Cpr. Laurent, XVI, n. 340. Cet auteur, en ce qui concerne la loi belge du 5 mai 1865, qui a établi la liberté de l'intérêt, soit en matière civile, soit en matière commerciale, raisonne comme nous le faisons pour la loi du 12 janvier 1886.

(2) La capitalisation d'intérêts peut être demandée aussi bien devant la juridiction administrative que devant la juridiction ordinaire. — C. d'Etat, 20 mai 1896, D. P., 97. 3. 57.

(3) Toullier, VI, n. 272; Duranton, X, n. 503; Rolland de Villargues, *Encycl. du notariat*, v° *Intérêts*, n. 82 et 87; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 109, note 56, 5e édit., p. 181, note 56; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 550, note 15; Laurent, XVI, n. 341. — Civ. cass., 26 février 1867, S., 67. 1. 200, D. P., 67. 1. 74. — Civ. cass., 25 nov. 1873, S., 74. 1. 105, D. P., 74. 1. 66. — Ces deux arrêts ont déduit de notre principe cette conséquence toute naturelle que lorsque les intérêts des intérêts sont seulement demandés au cours du procès, ils ne peuvent être alloués qu'à partir de cette demande, et non à partir de l'exploit introductif d'instance. — *Adde* sur le principe Nîmes, 30 juin 1890, D. P., 91. 2. 35. — Civ. cass., 2 mai 1900, D. P., 1900. 1. 363. Cette dernière décision déduit de notre principe cette conséquence que les intérêts ne sauraient produire d'intérêts « à partir du jour où les intérêts ont été arrêtés par experts ». — Mais, lorsque des conclusions aux fins de capitalisation des intérêts, prises en appel lors d'un arrêt définitif, ne sont que la reproduction de conclusions prises en première instance, elles doivent être considérées comme étant intervenues dans la même instance, alors même qu'il a été rendu, dans l'intervalle, un arrêt prescrivant une expertise. Les juges ne peuvent donc pas n'ordonner la capitalisation des intérêts qu'à la date des secondes conclusions. Civ. cass., 14 nov. 1899, S., 1901. 1. 319, D. P., 1900. 1. 72.

(4) V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 109, note 56, 5e édit., p. 181, note 56; Demo-

tant des intérêts échus est incertain parce que le créancier n'a pas procédé à une reddition de compte ou à une justification qui lui incombait (1), et à plus forte raison quand c'est par la faute du créancier et à la suite de retards calculés de sa part que le chiffre de ce montant ne peut pas être déterminé (2).

531. Mais la capitalisation des intérêts, qu'elle soit demandée en justice ou convenue entre les parties, n'est permise qu'avec deux restrictions. Il faut qu'il s'agisse : 1° d'intérêts échus ; 2° d'intérêts dus au moins pour une année entière.

532. En premier lieu les intérêts des capitaux ne peuvent être rendus productifs d'intérêts, soit par une demande en justice, soit même par une convention, qu'autant qu'ils sont échus au moment de la demande ou de la convention.

En faisant un prêt d'argent pour un certain nombre d'années, le prêteur ne pourra donc pas valablement stipuler par anticipation que chaque année, les intérêts échus seront retenus par le débiteur et joints au capital pour devenir comme lui productifs d'intérêts (3). Les emprunteurs accepteraient presque toujours une semblable proposition, qui est aussi menaçante pour l'avenir que séduisante dans le présent, car elle conduit le débiteur tout droit à sa ruine. La loi veut, que, chaque année, une convention spéciale ou une demande apprenne au débiteur que sa dette grossit, le force à aligner les chiffres et à ouvrir les yeux sur sa situation (4).

lombe, XXIV, n. 667 ; Laurent, XVI, n. 342 — Req., 10 déc. 1838, S., 38. 1. 968. — Civ. rej., 11 nov. 1851, S., 52. 1. 17, D. P., 51. 1. 318. — Voyez cependant Paris, 31 mars 1876, S., 78.2. 9. — Dans cette dernière décision, la cour dit en termes absolus : « Les dispositions de l'art. 1154 C. civ. sont relatives au cas où le chiffre de la dette est certain ». Mais elle se borne à formuler cette affirmation.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Civ. rej., 25 août 1845, S., 45. 1. 705, D. P., 45. 1. 380. — Civ. rej., 18 mai 1846, S., 46. 1. 375, D. P., 46. 1. 199. — Cpr. Laurent, *loc. cit.*

(2) Civ. rej., 11 nov. 1851, précité (motifs). — Req., 11 nov. 1874, S., 75. 1. 77, D. P., 75. 1. 220.

(3) Paris, 7 janv. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 649. — Cpr. Trib. civ. Seine, 17 déc. 1902, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1903. 1. 358, *Droit*, 22 avril 1903.

(4) Les juges ne peuvent pas condamner d'avance le débiteur à payer les intérêts des intérêts après chaque échéance annuelle. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 110, 5e édit., p. 182 ; Larombière, II, p. 97 (art. 1154, n. 6) ; Demolombe, XXIV, n. 656. — Civ. cass., 14 juill. 1831, S., 37. 1. 484. — Riom, 20 juill. 1840, S., 40. 2. 456.

533. Il n'y a point à distinguer, comme le font beaucoup d'auteurs et de tribunaux, suivant qu'il intervient une convention ou une demande en justice. Aussi bien dans ce cas que dans l'autre, il doit s'agir de capitaux actuellement échus. Sans doute, d'après l'art. 1130, « les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation ». Mais il ressort des termes de l'art. 1154 et de l'historique de sa disposition que le législateur a fait exception à la règle de l'art. 1130 en ce qui concerne l'anatocisme : « Les intérêts *échus* des capitaux peuvent, dit-il, produire des intérêts ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale... » Cette disposition est conçue en termes restrictifs : elle n'autorise l'anatocisme que pour les intérêts *échus*, et, par conséquent, elle laisse subsister la prohibition pour les intérêts *à échoir*. Dira-t-on qu'en employant le terme *échus*, le législateur a voulu seulement signifier que les intérêts ne peuvent pas devenir productifs d'intérêts avant leur échéance? Cette interprétation est inadmissible, car elle fait dire au législateur une véritable naïveté. Il est bien évident, en effet, que des intérêts ne peuvent pas, avant d'être échus, devenir un capital. D'ailleurs, au moment où le législateur édictait la disposition de l'art. 1154, il n'ignorait certainement pas qu'une tradition bien des fois séculaire opposait, dans la matière, l'expression *intérêts échus* aux mots *intérêts à échoir*. Au cours des travaux préparatoires, la seule question qu'on eût discutée au conseil d'Etat était celle de savoir si, avec Justinien et avec notre ancien droit, on prohiberait l'anatocisme, soit pour les intérêts *à échoir*, soit même pour les intérêts *échus*, ou si, avec le vieux droit romain, on restreindrait la prohibition aux intérêts *à échoir* (1).

C'est donc à dessein et parce qu'il voulait, quant aux intérêts *à échoir*, maintenir la prohibition que le législateur vise seulement les intérêts *échus*. Ajoutons que la loi met la convention sur la même ligne que la demande judiciaire. Or il est incontestable que, par une demande en justice, on ne pourrait pas rendre productifs d'intérêts des intérêts non

(1) Locré, XII, p. 148-149, n. 50; Fenet, XIII, p. 61 s.

encore échus; ce qui est vrai de la demande en justice doit l'être aussi de la convention [1].

534. En second lieu, les intérêts échus ne peuvent être rendus productifs d'intérêts par demande ou par convention, qu'autant qu'ils sont dus au moins *pour une année entière.* Ainsi je vous ai prêté 20.000 fr. avec intérêts à 5 0/0 *payables tous les six mois,* stipulation qui est certainement valable. A l'échéance du premier semestre, je ne pourrai pas convenir avec vous que vous garderez les 500 fr. d'intérêts dont vous êtes débiteur *et que vous m'en servirez l'intérêt à 5 0/0;* je ne pourrai faire cette convention que lorsque vous me devrez une année d'intérêts [2].

On dit partout que cette disposition a pour but d'éviter le grossissement trop rapide du capital par la capitalisation des intérêts, et telle paraît en effet avoir été la pensée qui a guidé le législateur. Cela donne à supposer qu'il n'avait pas de tables de logarithmes sous la main, ou, s'il en avait, qu'il n'a pas su s'en servir. La capitalisation des intérêts, faite tous les ans aux taux de 5 0/0, ainsi que la loi le permet, double le capital en quatorze ans environ; le chiffre exact est 14,21. La capitalisation qui serait faite tous les mois au même taux,

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 535-536; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, III, § 550; Mourlon, *Répét. écrites,* II, n. 1159; Colmet de Santerre, V, n. 71 *bis*-III; Demolombe, XXIV, n. 656; Laurent, XVI, n. 344; Huc, VII, n. 164; Planiol, II, n. 2102. — Nîmes, 9 fév. 1827, S. chr., VIII. 2. 230, Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Prêt à intérêts,* n. 140. — Ile de la Réunion, 27 mai 1870, joint à Cass., 4 août 1873, S., 74. 1. 15, D. P., 74. 1. 25. — Nancy, 16 déc. 1880, S., 81. 2. 135, D. P., 82. 2. 140. — Paris, 4 mai 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 188. — *Contra* Toullier, VI, n. 271; Rolland de Villargues, *Encycl. du notar.*, v° *Intérêts,* n. 103; Duranton, X, n. 499; Delvincourt, II, p. 536; Paillet, *Encycl. du dr.*, v° *Anatocisme,* n. 6; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, § 550, note 16; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 109-110, texte et note 58, 5e édit., p. 182, texte et note 58; Larombière, II, p. 96 (art. 1154-1155, n. 6). — Montpellier, 20 juin 1839, S., 39. 2. 497. — Civ. rej., 11 déc. 1844, S., 45. 1. 97, D. P., 45. 1. 124. — Bastia, 16 juill. 1856, D. P., 57. 2. 19. — Dijon, 26 avril 1866, S., 66. 2. 347. — Bourges, 21 août 1872, D. P., 73. 2. 182. — Nancy, 10 avril 1878, S., 79. 2. 132, D., 79. 2. 240; 23 juin 1890, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Prêt à intérêt,* n. 100. — Trib. civ. Seine, 15 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 590. — Lyon, 14 déc. 1899, *Mon. jud. Lyon,* 5 avril 1900. — Paris, 24 déc. 1900, *Mon. jud. Lyon,* 16 mars 1901. — Cpr. Req., 10 août 1859, S., 60. 1. 456, D. P., 59. 1. 441; 9 janv. 1877, S., 78. 1. 52, D. P., 77. 1. 435.

(2) Paris, 7 janv. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 649. — V. C. civ. Japon, art. 405. Traduc. Motono et Tomii, p. 101.

le doublerait en un nombre d'années représenté par 13,93, et celle faite toutes les semaines, toujours à 5 0/0, en un nombre d'années représenté par 13,78. Valait il bien la peine, pour d'aussi faibles différences, de prohiber la capitalisation faite par périodes plus courtes qu'une année? Une autre considération aurait pu porter le législateur à ne pas établir cette prohibition, c'est qu'en pratique il est facile de l'éluder. En effet le créancier, auquel il est dû les intérêts pour moins d'une année, pour six mois par exemple, pourrait certainement, aussitôt après avoir touché ces intérêts, les remettre au débiteur à titre de prêt, comme un nouveau capital produisant intérêt. Alors il se pourra bien que les parties qui veulent arriver à la capitalisation de ces intérêts simulent une double tradition; et comme elles pourront répéter cette fraude indéfiniment à toutes les échéances, la prohibition de la loi deviendra ainsi lettre morte.

535. De là certains auteurs ont conclu qu'une prohibition qu'il est si facile d'éluder doit être considérée comme n'existant pas, et que, par conséquent, l'on peut, par convention, faire produire des intérêts à des intérêts dus pour moins d'une année. Mais cette thèse nous paraît insoutenable. Elle est inconciliable avec le texte même de l'art. 1154. Car cette disposition exige formellement, pour que les intérêts puissent produire des intérêts, soit en vertu d'une convention, soit en vertu d'une demande en justice, qu'ils soient dus pour une année entière. Et l'on comprend facilement qu'à cet égard la convention et la demande en justice soient mises sur la même ligne. Si, en effet, la capitalisation des intérêts dus pour moins d'une année pouvait résulter d'une convention alors qu'on ne peut l'obtenir au moyen d'une demande en justice, le créancier serait sur ce point à la merci du débiteur. Comment le législateur aurait-il admis une pareille situation? D'ailleurs, de ce qu'il est plus ou moins facile d'éluder une loi, il n'en résulte certes pas que les citoyens soient dispensés de l'observer. Quand il sera démontré que les parties ont voulu arriver par une voie détournée à faire ce que la loi leur défend, leur convention sera nulle. Nous ajoutons que, la plupart du temps, le juge n'aura pas besoin de beaucoup de perspicacité

pour saisir la fraude et la réprimer; car elle sera ordinairement transparente (1).

536. Mais, lorsque le principal de la créance est payable dans un délai moindre d'un an, et qu'à l'échéance il intervient une novation portant à la fois sur le principal et sur les intérêts, l'art. 1154 cesse d'être applicable, à moins qu'il ne soit établi qu'il s'agit d'une combinaison imaginée par les parties pour déguiser une usure illicite (2).

537. D'autre part, lorsqu'il est dû des intérêts pour une ou plusieurs années complètes et pour un ou plusieurs mois en sus, ce ne sont pas seulement les intérêts courus pendant les années complètes, mais aussi ceux courus pendant l'année commencée qui peuvent être rendus productifs d'intérêts. Si, par exemple, les intérêts échus sont dus pour deux ans et demi, les intérêts des six derniers mois pourront être capitalisés comme les autres.

L'art. 1154 exige simplement, en effet, que les intérêts soient dus *au moins pour une année entière*. Il n'ajoute point que la période à laquelle se rapportent les intérêts capitalisés doit représenter une ou plusieurs années complètes, ou, si on préfère, il ne dit pas que les intérêts ne peuvent être capitalisés que par année. En d'autres termes, il fixe simplement un *minimum;* dès que les intérêts sont dus pour une année révolue, la condition est remplie. D'ailleurs, sur ce point, l'esprit de la loi est d'accord avec son texte. Pourquoi l'art. 1154 exige-t-il que les intérêts soient dus *au moins pour une année ?* C'est afin d'éviter que les intérêts ne soient trop fréquemment capitalisés. Mais si, au bout d'un an, cette capitalisation est licite, il doit évidemment en être de même après un temps plus considérable. On peut même dire que, dans ce dernier cas, elle doit être admise à plus forte raison (3).

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 536; Colmet de Santerre, V, n. 71 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 111, texte et note 61, 5e édit., p. 183, texte et note 61; Larombière, II, p. 98-99 (art. 1154, n. 7 et 8); Demolombe, XXIV, n. 658; Laurent, XVI, n. 346. — Chambéry, 3 juil. 1878, D. P., 79. 2. 218. — *Contra* Duranton, X, n. 500; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 403; Huc, VII, n. 163.

(2) Aubry et Rau et Laurent, *loc. cit.;* Larombière, II, p. 98 (art. 1154, n. 8).

(3) Colmet de Santerre, V, n. 71 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 110, 5e édit., p. 183; Larombière, II, p. 94 (art. 1154, n. 4); Demolombe, XXIV, n. 653;

538. Le juge ne peut pas accorder les intérêts des intérêts à dater d'une époque antérieure à la demande en justice, alors même qu'à cette époque les intérêts fussent dus pour une année entière. Quand les capitaux deviennent productifs d'intérêts par l'effet d'une demande judiciaire, c'est seulement du jour de cette demande que les intérêts commencent à courir. Ce qui est vrai pour les intérêts des capitaux, doit l'être aussi pour les intérêts des intérêts. En effet, si les intérêts des capitaux produisent à leur tour des intérêts, c'est parce que désormais ils constituent eux-mêmes des capitaux. Les règles qui concernent les intérêts des capitaux doivent donc s'appliquer aussi aux intérêts des intérêts. Concevrait-on, au surplus, que le législateur, nonobstant la défaveur dont il a entouré l'anatocisme, n'eût pas apporté à la capitalisation des intérêts la même limitation qu'à la production des intérêts par les capitaux (1)?

Il faut même aller jusqu'à dire que cette restriction, comme toutes celles que le législateur a mises à la faculté de capitaliser les intérêts, est une règle d'ordre public. Par suite, le moyen tiré de ce que le juge du fond a alloué les intérêts des intérêts à partir d'une date antérieure à celle de la demande peut être proposé pour la première fois devant la cour suprême (2).

539. Pareillement les parties ne peuvent pas stipuler valablement que les intérêts des intérêts seront calculés comme ayant commencé à courir avant la convention, bien que la première année d'intérêts fût, dès lors, complète. Il n'y a pas de raison pour établir à ce point de vue une distinction entre la convention et la demande judiciaire. La loi les met sur la même ligne en ce qui concerne la capitalisation des intérêts. Or, dans cette matière, la demande ne

Laurent, XVI, n. 347. — Bordeaux, 17 déc. 1841, S., 42. 2. 99, D., *Répert. alph., loc. cit.* — Civ. rej., 17 mai 1865, S., 65. 1. 250, D. P., 65. 1. 273. — Cons. d'Etat, 30 déc. 1871, S., 73. 2. 190, D. P., 72. 3. 58. — Cons. d'Etat, 23 janv. 1885, D. P., 85. 3. 33. — Civ. rej., 9 juil. 1895, S., 97. 1. 133.

(1) *Sic* Demolombe, XXIV, n. 665; Laurent, XVI, n. 343. — Civ. cass., 17 mai 1865, S., 65. 1. 250, D. P., 65. 1. 273; 2 mai 1900, D. P., 1900. 1. 364.

(2) Civ. cass., 17 mai 1865, précité.

peut avoir d'effet dans le passé. Il doit, par suite, en être de même de la convention [1].

540. L'art. 1154 ne formulant que les deux restrictions dont nous avons parlé, il en résulte deux conséquences : 1° l'anatocisme, tel qu'il est limité par l'art. 1154, est admis aussi bien pour les intérêts légaux ou judiciaires que pour les intérêts conventionnels [2]; 2° le juge ne peut pas repousser la capitalisation des intérêts en se fondant sur la cause de la dette ou sur la faveur due soit à la situation du débiteur, soit à ses rapports avec le créancier [3].

Il faut en conclure notamment :

a) Que l'anatocisme peut avoir lieu relativement aux intérêts des sommes dont un héritier peut être débiteur envers ses copartageants à raison de choses sujettes à rapport [4].

b) Qu'un héritier bénéficiaire peut être condamné comme tout autre débiteur, dans les termes de l'art. 1154, à payer les intérêts des intérêts [5].

541. La prohibition de capitaliser les intérêts dus pour moins d'une année est étrangère à une série de prestations énumérées dans l'art. 1155, ainsi conçu : « *Néanmoins les » revenus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes per- » pétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la » demande ou de la convention. — La même règle s'applique » aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers » au créancier en acquit du débiteur* ».

Mais, nonobstant la rédaction de l'art. 1155, ces diverses prestations, ou au moins la plupart d'entre elles, en tant qu'elles produisent des intérêts sans être dues pour une année entière, ne font pas exception à la disposition de l'art.

(1) Demolombe, XXIV, n. 666; Laurent, *loc. cit.* — Req., 24 mai 1841, S., 41. 1. 643. — Cpr. Larombière, II, p. 100 (art. 1154, n. 12).

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 109, 5e édit., p. 180 *in fine*.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) *Sic* Labbé, *Note* sous Civ. cass., 8 déc. 1884, cité plus bas; Huc, VII, n. 165, p. 232. — Civ. cass., 15 fév. 1865, S., 65. 1. 225, D. P., 65. 1. 430. — Civ. cass., 8 déc. 1884, S., 85. 1. 145, D. P., 86. 1. 74 (note).

(5) Civ. rej., 16 août 1825, S. chr., VIII. 1. 177. — V. dans le même sens, Vazeilles, *Succ.*, art. 804, n. 4; Billard, *Bénéf. d'inv.*, n. 92 *in fine;* Paillet, *Enc. du dr.*, v° *Anatocisme*, n. 5.

1154. En effet, les loyers, les fermages, les fruits restitués par le possesseur de mauvaise foi sont des revenus d'immeubles; or, d'après ses termes mêmes, l'art. 1154 ne concerne que les intérêts des capitaux. Quant aux intérêts payés par un tiers en l'acquit du débiteur, ils constituent, par rapport au tiers qui les a payés, un véritable capital, et, par suite, s'ils n'avaient pas été spécialement visés dans l'art. 1155, ils n'en auraient pas moins été régis, comme tout autre capital, par la disposition de l'art. 1153, et non par celle de l'art. 1154. Ainsi, par leur nature même, les fermages, les loyers, les arrérages, les restitutions de fruits et les intérêts payés par un tiers en l'acquit du débiteur ne rentrent pas dans la règle restrictive de l'anatocisme; le législateur n'a donc pas eu à les excepter de cette règle [1].

542. L'art. 1155 déroge, au contraire, à la disposition de l'art. 1154 relativement aux arrérages des rentes perpétuelles ou viagères, du moins lorsqu'il s'agit de rentes établies moyennant un capital en argent.

L'exception s'explique tout naturellement en ce qui concerne les arrérages des rentes viagères. On sait que ces arrérages représentent, non seulement les intérêts du capital de la constitution, mais, en outre, une partie de ce capital lui-même, qui s'use ainsi peu à peu pour disparaître complètement à la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente est établie. On ne devait donc pas appliquer aux arrérages de la rente viagère, qui sont pour une forte partie la représentation d'un capital, une disposition qui n'a de raison d'être que pour les *intérêts* des capitaux.

Pour les rentes perpétuelles, l'exception s'explique par deux considérations : D'abord, en ce qui les concerne, l'accumulation du capital et des intérêts n'est pas à craindre. En effet, le débi-rentier, sauf dans certaines hypothèses tout exceptionnelles, n'est jamais obligé de rembourser le capital, et, s'il veut le rembourser, il peut, pour cela, choisir le moment qui lui convient. En outre, les dispositions restrictives

[1] Colmet de Santerre, V, n. 72 *bis*-I; Demolombe, XXIV, n. 660; Laurent, XVI, n. 350; Planiol, II, n. 2103.

de l'anatocisme sont surtout à l'adresse des usuriers; or, ceux qui font commerce de l'usure n'aliènent point leurs capitaux moyennant une rente, car ils en ont besoin pour leurs opérations. Cette observation nous permet de poser en principe que la règle de l'art. 1154 n'est relative qu'aux intérêts des capitaux *non aliénés* (1).

543. Les prestations énumérées dans l'art. 1155 échappent aux deux restrictions de l'anatocisme, par conséquent non seulement à la prohibition de capitaliser les intérêts dus pour moins d'une année, mais aussi, bien que l'art. 1155 ne le déclare pas expressément, à la prohibition de capitaliser les intérêts futurs. Les parties peuvent donc convenir à l'avance que ces diverses prestations porteront intérêt au fur et à mesure des échéances.

La plupart des prestations indiquées par l'art. 1155 ne sont pas des intérêts, et, par suite, le fait de les rendre productives d'intérêts ne peut pas constituer un anatocisme. De toutes ces prestations, les arrérages des rentes perpétuelles, en leur qualité d'intérêts de capitaux, sont les seules au sujet desquelles pourrait exister un doute relativement au point de savoir s'il est permis de capitaliser leurs intérêts par anticipation. Mais, même quant à ces arrérages, la question doit être résolue affirmativement, car, s'ils constituent des intérêts de capitaux, ils ne sont pas des intérêts de capitaux *non aliénés*. Or, nous l'avons dit, il faut que des intérêts présentent ce dernier caractère pour que la disposition de l'art. 1154 leur soit applicable.

Ainsi les diverses prestations énumérées dans l'art. 1155 peuvent être rendues à l'avance productives d'intérêts.

On peut puiser, il est vrai, dans le texte même de l'art. 1155 une objection contre la solution que nous croyons devoir adopter, car cet article emploie l'expression *revenus échus*, tout comme l'art. 1154 parle d'*intérêts échus*. Mais, si le texte de l'art. 1155 fournit cet argument, il en fournit aussi un autre en sens inverse, qui permet de répondre au premier. Tout le monde admet que le tiers qui a payé des intérêts à la place

(1) Colmet de Santerre, Laurent, *loc. cit.*, Demolombe, XXIV, n. 661.

du débiteur, peut stipuler par anticipation les intérêts de la somme qu'il a déboursée. Bien plus! lorsqu'il a agi en qualité de mandataire, la loi supplée cette stipulation en faisant courir les intérêts de plein droit, et, par analogie, on étend généralement cette décision au cas où le tiers a agi comme gérant d'affaires. S'il est permis de stipuler les intérêts par anticipation quant aux avances faites par un tiers, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement en ce qui concerne les loyers, fermages, arrérages et restitutions de fruits, car toutes les prestations indiquées dans l'art. 1155 sont mises par lui sur la même ligne (¹).

544. Les prestations dont parle l'art. 1155, ne rentrant pas dans la règle de l'art. 1154, deviennent productives d'intérêts du jour où elles ont été demandées en justice, et non pas seulement du jour où leurs intérêts ont fait l'objet d'une demande spéciale, ce qui n'empêche pas, toutefois, qu'ils doivent être demandés directement, au cours du procès, pour que le juge puisse les allouer.

La jurisprudence est en sens contraire. D'après la cour de cassation, les intérêts des prestations mentionnées dans l'art. 1155 ne sont dus qu'à partir du jour où ils ont fait l'objet d'une demande directe. Les prestations énumérées dans l'art. 1155 ne sont pas des capitaux, mais des intérêts ou des revenus. La disposition de l'art. 1154 doit donc régir ces prestations au point de vue qui nous occupe.

Contrairement à la cour suprême, nous croyons qu'il ne faut pas rattacher ainsi l'art. 1155 à l'art. 1154. Il résulte de l'art. 1155 que les prestations dont il parle ne sont pas du domaine de l'anatocisme. Pourquoi donc les soumettre à une disposition particulière à l'anatocisme? Or, si elles échappent à cette disposition, elles ne peuvent être régies que par le droit commun. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait, en ce qui les concerne, une disposition exceptionnelle. Cette disposition

(¹) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 72 *bis*-II; Larombière, II, p. 101 (art. 1154-1155, n. 13, al. 2); Demolombe, XXIV, n. 664; Huc, VII, n. 165 *in fine*. — Cpr. Laurent, XVI, n. 351. — *Contra* Planiol, II, n. 2104, al. 2.

n'existe pas. L'art. 1155 dit simplement que ces diverses prestations produisent intérêt *du jour de la demande* (1).

545. Les intérêts des prestations énumérées dans l'art. 1155 peuvent, à leur tour, porter intérêt, pourvu qu'ils satisfassent aux conditions exigées par l'art. 1154. Ce sont, en effet, des intérêts de capitaux, puisque le fait même qu'ils ont été produits par les prestations dont parle l'art. 1155 suppose que celles-ci ont été transformées en capitaux.

Aubry et Rau enseignent, au contraire, que les intérêts des prestations dont il s'agit ne peuvent pas porter intérêt. Voici leur raisonnement : L'anatocisme, aux termes de l'art. 1154, n'est permis que pour les *intérêts des capitaux*. Or les prestations dont parle l'art. 1155 ne sont pas des capitaux dans le sens de l'art. 1154, mais des intérêts ou des revenus. Par conséquent, leurs intérêts n'ont pas le caractère d'intérêts de *capitaux*, et, quant à eux, l'anatocisme n'est pas admis (2). Mais il résulte de nos précédentes explications que ces prestations, du moment qu'elles produisent des intérêts, sont converties en capitaux. Pourquoi donc l'art. 1154 ne serait-il pas applicable à leurs intérêts (3) ?

Dans tous les cas il n'est pas douteux que les intérêts des intérêts ou des revenus, lorsqu'ils sont payés par un tiers en l'acquit du débiteur, peuvent être productifs d'intérêts, car par rapport à ce tiers, ils constituent un véritable capital Art. 1155, al. 2 (4).

545 I. Les dispositions des articles 455 et 456, relatives à la sanction de l'obligation qui incombe au tuteur de placer l'excédent des revenus pupillaires, implique une double dérogation aux règles concernant l'anatocisme. La capitalisa-

(1) *Sic* Laurent, XVI, n. 352. — *Contra* Aubry et Rau, 5e édit., IV, n. 61 *bis*. — Civ. rej., 26 fév. 1867, S., 67. 1. 200, D. P., 67. 1. 74. — Civ. cass., 14 avril 1869, S., 70. 1. 75, D. P., 69. 1. 406. — Civ. rej., 26 avril 1870, S., 70. 1. 377, D. P., 70. 1. 358. — Req., 28 déc. 1896, S., 97. 1. 307, D. P., 97. 1. 352. — Req., 2 juin 1897, S., 1900. 1. 75, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 97.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 111, 5e éd., p. 184. — V. dans le même sens Larombière, II, p. 96 (art. 1154 et 1155, n. 5). — Civ. rej., 16 janv. 1839, S., 39. 1. 97, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 1422.

(3) V. *supra*, n. 526. — Cpr. Laurent, XVI, n. 353.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 112, texte et note 65, 5e éd., p. 185, texte et note 65.

tion successive, contenue dans le compte à *échelle* ou *échelette*, qui est dressé par application des articles précités, a lieu de plein droit et bien que les intérêts ne soient pas dus pour une année entière [1].

546. Dans les comptes courants, les intérêts peuvent être capitalisés à des intervalles de temps moindres d'une année. C'est là une véritable exception à la disposition de l'art. 1154 [2]. En général, pour la justifier, on se borne à dire qu'elle est fondée sur l'usage du commerce. Elle s'expliquerait par cette considération qu'en matière commerciale l'usage tient lieu de loi. Cette explication n'est pas satisfaisante. L'usage ne peut pas prévaloir contre une loi d'ordre public. Il convient donc, pour justifier l'exception dont nous parlons, de se fonder sur l'indivisibilité qui caractérise le compte courant et qui s'oppose à ce que le solde puisse être considéré comme composé en partie d'une somme représentant des intérêts. Chacun des éléments du solde se trouve avoir perdu son individualité

(1) Maleville, I, p. 461; Delvincourt, sur les art. 455 et 456; Toullier, II, n. 1217-1218; Duranton, III, n. 364; Magnin, *Tr. des minorités, tutelles et curatelles*, I, n. 685-689; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Conseil de tutelle*, n. 191; Chardon, *Tr. des puissances maritale, paternelle et tutélaire*, n. 515; Aubry et Rau, I, 4e éd., p. 443, note 38, 5e éd., p. 693 *in fine*, 694, note 38; Demolombe, VII, n. 611; Laurent, V, n. 34. — Lyon, 16 février 1835, S., 35. 2. 310. — Rouen, 17 février 1842, S., 42. 2. 102. — Douai, 5 avril 1865, S., 66. 2. 301.

(2) *Sic* Pardessus, *Dr. comm.*, II, n. 475; Vincens, *Législ. comm.*, II, p. 158; Paillet, *Encycl. du dr.*, v° *Anatocisme*, n. 8; Sebire et Carteret, *Encycl. du dr.*, v° *Compte courant*, n. 62; Ruben de Couder, *Dictionn. de dr. comm.*, v° *Compte courant*, n. 64; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 112, texte et note 66, 5e éd., p. 185, texte et note 67; Larombière, II, p. 99 (art. 1154-1155, n. 8, al. 2); Demolombe, XXIV, n. 663; Delzons, *Rev. prat.*, 1864, XVII, p. 259; Laurent, XVI, n. 348; Feitu, *Tr. du compte courant*, n. 279 s.; Dutruc, *Dictionn. de dr. comm.*, vis *Compte courant*, n. 20, et *Intérêts*, n. 80; Boistel, n. 886; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, p. 818, n. 1452, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 33 *in fine*, p. 31, et IV, n. 844, p. 570. — Req., 19 déc. 1827, D., *Rec. alph.*, v° *Acte de comm.*, n. 336. — Dijon, 24 août 1832, joint à Req., 12 nov. 1834, S., 35. 1. 334. Grenoble, 16 fév. 1836, S., 37. 2. 361. — Req., 14 juill. 1840, S., 41. 1. 897. 11 janv. 1887, S., 87. 1. 295, D. P., 88. 1. 382. — Grenoble, 12 déc. 1893, joint à Civ. cass., 8 mars 1897, D. P., 97. 1. 321. — *Adde* les décisions citées aux notes suivantes. — *Contra* Chardon, *Dol et fraude*, n. 487; Dietz, *Comptes courants*, p. 227; Delamarre et Lepoitvin, *Dr. comm.*, III, n. 338; Demangeat sur Bravard, II, p. 448. — Lyon, 23 juill. 1839, D. P., 40. 2. 444. — Rennes, 6 janv. 1844, S., 41. 2. 378.

propre par l'effet d'une novation, et, par suite, on ne peut distinguer ni intérêts ni capital (1).

Pour déterminer la portée de cette exception, nous devons envisager successivement les comptes courants en exercice et les comptes courants définitivement clos et arrêtés.

547. En ce qui concerne les comptes courants en exercice, l'exception aux règles ordinaires de la capitalisation des intérêts se résume dans les propositions suivantes : 1° Dans les comptes courants annuellement arrêtés, les intérêts sont capitalisés lors de chaque règlement, alors même que les parties n'ont pas fait de convention spéciale sur ce point (2); 2° ils peuvent même être capitalisés tous les six ou tous les trois mois, si tel est l'usage de la place (3), ou si les parties ont stipulé qu'il en serait ainsi ; 3° on peut même, suivant l'usage en banque, arrêter en fin d'année, soit le 31 décembre, le compte courant ouvert pendant l'année, fût-ce quelques jours seulement avant sa fin, et capitaliser les intérêts à la même date, proportionnellement au temps écoulé. Dans ce cas, la capitalisation opérée en même temps que le règlement n'est que la conséquence naturelle de celui-ci (4).

548. Quand le compte courant est définitivement clos et arrêté, le solde entier porte intérêt de plein droit, alors même que sa clôture surviendrait très peu de temps après la dernière capitalisation (5). Mais, à l'avenir, le solde définitif n'étant qu'une créance ordinaire, la capitalisation de ses intérêts ne pourra résulter que d'une demande judiciaire ou d'une con-

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 33 *in fine*. — Cpr. Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, 2e édit., n. 1658, p. 855, 3e édit., n. 1669, p. 812.

(2) Civ. rej., 27 janv. 1857, D. P., 57. 1. 82. — Orléans, 17 fév. 1881, D. P., 82. 2. 172. — Civ. cass., 11 janv. 1886, S., 88. 1. 461, D. P., 86. 1. 121.

(3) La jurisprudence décide que, suivant les usages du commerce, il peut y avoir des capitalisations semestrielles. V. Req., 14 août 1845, D. P., 45. 4. 54. — Req., 12 mars 1851, D. P., 51. 1. 290, S., 51. 1. 401. — Rennes, 13 mars 1876, S., 79. 2. 257, — ou des capitalisations trimestrielles, v. Caen, 8 juil. 1850, D. P., 55. 2. 19, — Nîmes, 6 déc. 1860, S., 61. 2. 56, D. P., 61. 2. 104. — Req., 14 nov. 1864, S., 64. 1. 491, D. P., 65. 1. 54. — Dijon, 2 janv. 1865, D. P., 65. 2. 47. — Paris, 16 juil. 1869, D. P., 72. 1. 393. — Req., 8 août 1871, S., 71. 1. 150, D. P., 71. 1. 214. — Bourges, 14 mai 1873, S., 74. 2. 108, D. P., 74. 2. 30.

(4) Dijon, 2 juil. 1880, S., 82. 2. 203.

(5) Civ. cass., 11 janv. 1886, S., 88. 1. 461, D. P., 86. 1. 121. — Req., 11 janv. 1887, S., 87. 1. 295, D. P., 88. 1. 382.

vention et ne pourra avoir lieu que relativement aux intérêts dus au moins pour une année entière. Désormais, par conséquent, la convention par laquelle les parties auraient stipulé, lors de l'ouverture ou pendant la durée du compte courant, que des arrêtés périodiques auraient lieu à des termes moindres qu'une année, ne pourrait plus avoir d'effet, notamment en ce qui regarde la capitalisation des intérêts (1).

549. L'exception dont nous venons de parler est-elle spéciale aux comptes courants entre commerçants? La cour de cassation s'est d'abord prononcée pour l'affirmative. Elle a décidé notamment qu'un notaire à qui des intérêts étaient dus par ses clients pour avances par lui faites à ces derniers, ne pouvait pas capitaliser ces intérêts après une période moindre d'une année, bien qu'il existât un compte courant entre lui et ses clients (2), De leur côté, des cours d'appel ont jugé que les intérêts de moins d'une année ne pouvaient pas être capitalisés au cas de compte courant entre un banquier et un non-commerçant (3). Mais, plus récemment, la cour suprême a posé en principe : « Que ni le texte ni l'esprit de la loi n'interdisent l'établissement d'un compte courant entre non-négociants ou entre un commerçant et un non-commerçant; que cette convention, étant par elle-même licite, doit être régie par les règles ordinaires du compte courant, quelle que soit la qualité des personnes entre lesquelles elle est intervenue, notamment *pour ce qui concerne la capitalisation des intérêts à des époques fixes* » (4). La cour de cassation repousse donc aujourd'hui la distinction qu'elle avait d'abord admise. Nous croyons que c'est avec raison. Sa première jurisprudence était fondée sur cette idée que, dans les comptes courants, la capi-

(1) Boistel, *Précis de dr. comm.*, 3e édit., p. 647; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 1459, p. 822, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 852, p. 575; Feitu, *Traité du compte courant*, n. 340. — Req., 5 juin 1872, S., 72. 1. 260, D. P., 73. 1. 77. — Civ. cass., 28 juin 1876, S., 76. 1. 441, D. P., 76. 1. 385. — Civ. cass., 11 janv. 1886, précité.

(2) Civ. cass., 18 mars 1850, S., 50. 1. 381, D. P., 50. 1. 101. — *Adde* Orléans, 2 déc. 1853, S., 55. 2. 298. — Cpr. Lyon, 29 juin 1849, D. P., 50. 2. 155.

(3) Bourges, 2 mars 1836, P. chr.; 18 déc. 1839, S., 40. 2. 257. — Bourges, 14 fév. 1854, D. P., 55. 2. 271. — Besançon, 24 fév. 1855, S., 55. 2. 577.

(4) Req., 7 fév. 1881, S., 82. 1. 253, D. P., 81. 1. 425.

talisation des intérêts de moins d'une année, se justifiant par l'usage du commerce, ne pouvait avoir lieu à l'égard des non-commerçants. Mais nous avons démontré que cette capitalisation s'expliquait tout autrement. Elle est une conséquence de la nature même du compte courant. Il est donc indifférent, en ce qui la concerne, que le compte courant intervienne entre deux commerçants, ou entre un commerçant et un non-commerçant (1).

550. Suivant quelques décisions judiciaires, approuvées par la minorité des auteurs, l'exception qui nous occupe n'aurait lieu que lorsqu'il s'agit d'un compte courant réciproque, c'est-à-dire lorsque les deux correspondants doivent, aux termes de leurs conventions, faire des avances (2). Mais, en général, la doctrine et la jurisprudence ne font pas de différence entre le compte courant simple et le compte courant réciproque (3). Peu importe que les avances doivent être faites par les deux correspondants ou par un seul. Dans les deux hypothèses, la nature juridique du compte courant est la même, et, par conséquent, la capitalisation est possible pour intérêts de moins d'une année (4).

550 I. La loi du 9 avril 1881, qui a créé une *caisse d'épargne postale* (aujourd'hui *caisse nationale d'épargne*), a consacré une autre exception à la règle de l'art. 1154. Elle dispose, dans son art. 3, al. 4, que, chaque année, au 31 décembre, l'intérêt acquis aux déposants s'ajoutera au capital et deviendra lui-même productif d'intérêts, quelles que soient la date du dépôt et la somme des intérêts échus à cette époque (5). Cette capitalisation a donc lieu de plein droit. Le cas prévu par ce texte n'est pas sans analogie avec celui du compte courant.

(1) *Sic* Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 845, p. 571. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 112, note 66, 5e édit., p. 186, texte 68.

(2) Bourges, 14 fév. 1854, S., 54. 2. 53, D. P., 55. 2. 271. — Trib. civ. de Tours, 1er juin 1881, joint à Orléans, 17 fév. 1881, S., 82. 2. 245, D. P., 82. 2. 172. — V. dans le même sens Noblet, *Du compte courant*, n. 157; Paigon, *Th. des. opér. de banque*, n. 166.

(3) Civ. cass., 2 juill. 1890, S., 91. 1. 177, D. P., 91. 1. 377.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 845, p. 571.

(5) Cependant les fractions de franc ne produisent pas d'intérêts. Même art. *in fine*.

550 II. On trouve une autre dérogation à la même règle dans le décret du 28 février 1852, sur les sociétés de crédit foncier. Le premier alinéa de l'art. 28 de ce décret est ainsi conçu : « Les annuités non payées à l'échéance portent intérêt *de plein droit* ». L'art. 61 des statuts du Crédit foncier a étendu cette disposition en déclarant que, conformément au texte précité, tout *semestre* non payé à échéance portait intérêt de plein droit et sans mise en demeure, au profit de la société.

551. Il n'y a aucune raison pour refuser aux créanciers de l'Etat, des départements ou des communes, le droit d'invoquer la disposition de l'art. 1154.

Les intérêts dus à un entrepreneur de travaux publics peuvent donc être rendus productifs d'intérêts par une demande en justice, lorsqu'ils sont dus au moins pour une année entière (1).

L'art. 1154 est également applicable quand il s'agit du règlement de l'indemnité due à un particulier pour dommage causé à sa propriété par un travail public (2). Ainsi le propriétaire qui, en réclamant une indemnité à raison d'un pareil dommage, a demandé, en outre, devant le conseil de préfecture, les intérêts de cette indemnité, a le droit, sur le recours formé par lui devant le conseil d'Etat, de conclure au paiement des intérêts des intérêts, si plus d'une année s'est écoulée depuis sa demande (3).

(1) Cons. d'Etat, 26 juil. 1855, S., 56. 2. 252; 26 nov. 1863, S., 63. 2. 270; 16 avril 1875, Leb. chr., p. 342; 14 mai 1875, Leb. chr., p. 479; 21 mai 1875, Leb. chr., p 511; 30 juin 1876, Leb. chr., p. 629; 30 nov. 1877, Leb. chr., p. 949; 21 juin 1878, Leb. chr., p. 593; 29 nov. 1878, Leb. chr., p. 955; 13 déc. 1878, Leb. chr., p. 1035; 13 juin 1879, Leb. chr., p. 499; 27 juin 1879, Leb. chr., p. 546; 19 déc. 1884, Leb. chr., p. 923; 29 janv. 1886, Leb. chr., p. 106; 12 fév. 1886, Leb. chr., p. 144; 26 mars 1886, Leb. chr., p. 229; 28 mai 1886, Leb. chr., p. 476; 30 juill. 1886, Leb. chr., p. 678; 21 fév. 1890, S., 92. 3. 74.

(2) Cons. d'Et., 24 fév. 1860, D. P., 63. 3. 5; 22 mars 1860, D. P., *ibid.*

(3) Cons. d'Et., 12 juil. 1864, D. P., 65. 3. 50; 7 juill. 1865, D P., 66. 3. 19.

SECTION V

DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS

552. Les dispositions des articles qui composent cette section ont été à peu près complètement copiées dans Pothier [1], qui les avait empruntées au droit romain. Toutefois le législateur n'en a formulé que neuf, tandis que, dans Pothier, elles sont au nombre de douze. Mais ce n'est pas une raison pour que le juge ne puisse pas appliquer les trois règles que le Code n'a pas reproduites [2]. C'est ce qui ressortira bientôt de nos explications.

Les dispositions des art. 1156 à 1164 ne renferment pas des règles impératives, mais seulement des conseils que le législateur adresse aux tribunaux. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord et n'ont jamais varié : « Le législateur, dans l'art. 1156 C. civ., a inscrit des con- » seils aux juges pour l'interprétation des conventions, sans » caractère impératif, et n'a imposé aucune règle absolue, » dont l'inobservation puisse donner ouverture à cassation ». Ainsi s'exprime la cour suprême [3].

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 91 à 102. — Cpr. Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. II, n. 8 à 22. Ce dernier auteur formule quelques règles qui ne sont pas dans Pothier. V. notamment n. 14, 19, 20.

(2) Ces trois règles sont les suivantes : *Neuvième règle :* « Lorsque l'objet de la convention est une universalité de choses, elle comprend toutes les choses particulières qui composent cette universalité, même celles dont les parties n'avaient pas de connaissance ». — *Onzième règle :* « Dans les contrats, de même que dans les testaments, une clause conçue au pluriel se distribue souvent en plusieurs clauses particulières ». — *Douzième règle :* « Ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte ordinairement à toute la phrase, et non pas seulement à ce qui précède immédiatement; pourvu néanmoins que cette fin de phrase convienne en genre et en nombre à toute la phrase ». *Oblig.*, n. 99, 101 et 102.

(3) Req., 16 fév. 1892, S., 93. 1. 409, D. P., 92. 1. 248. — *Adde* Demante et Colmet de Santerre, V, n. 79 et 79 *bis;* Aubry et Rau, 5e édit., p. 568-569, note 1 ; Demolombe, XXV, n. 37; Laurent, XVI, n. 500; Huc, VII, n. 175 *in fine*. — Req., 18 mars 1807, S. chr., II. 1. 361, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 850; 11 avril 1838, D., *op. cit.*, vo et *loc. cit.*, et vo *Disp. entre vifs*, n. 3492; 24 fév. 1868, D. P., 68, 1. 308; 13 fév. 1883, S., 83. 1. 466, D. P., 84. 1. 83. — En conséquence, la cour suprême a décidé avec raison, croyons-nous, par l'arrêt précité du 16 fév. 1892, que le juge, appelé à interpréter un acte de cautionnement indéterminé, n'est pas obligé, pour fixer le montant de la somme cautionnée, de rechercher l'intention commune des contractants et qu'il ne viole pas l'art. 1156 en

Il est d'ailleurs également incontestable que le législateur n'a pas édicté les dispositions des art. 1156 à 1164 pour autoriser les juges à user des moyens d'interprétation dont il parle dans ces textes, car les tribunaux auraient certainement pu, en l'absence des dispositions que nous allons étudier, recourir à ces moyens. Il n'y a donc pas de raison pour que le juge ne puisse pas appliquer les trois règles d'interprétation qui ne se trouvent pas dans le Code, bien qu'elles figurent dans Pothier, comme aussi certaines règles du même genre qui sont formulées dans Domat, ou que l'on trouve dans des législations étrangères (1).

Si les auteurs du Code ont reproduit les axiomes contenus dans les art. 1156 s., c'est avant tout par déférence pour le droit romain, qui les avait consacrés (2).

On peut donc à bon droit se demander si le législateur, en écrivant les dispositions que nous étudions, n'est pas sorti

s'attachant exclusivement à la volonté de la caution. Laurent paraît se prononcer en sens contraire relativement aux pouvoirs des tribunaux dans la détermination du montant d'un cautionnement (XXVIII, n. 169). Mais, en réalité, comme le fait observer très justement l'annotateur du recueil de Sirey, Laurent ne vise pas l'hypothèse sur laquelle avait statué l'arrêt déféré à la cour de cassation.

(1) Par exemple celle-ci, qui figure dans Domat et qui a été reproduite dans l'art. 1288 du C. civ. espagnol : « Si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait », ou encore cette autre, qui est formulée ainsi par le même auteur : « Les expressions qui ne peuvent avoir aucun sens par aucune voie, sont rejetées comme si elles n'avaient pas été écrites ». *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. II, n. 14 et 19. Nous en dirons de même de la règle écrite dans l'art. 1282 du C. civ. espagnol : « Pour juger de l'intention des contractants, on devra s'attacher principalement à leurs actes contemporains et postérieurs au contrat ». En effet, ces règles sont fondées en raison et en équité et s'imposent à l'interprète par cela seul qu'elles ne sont pas exclues par les dispositions du droit positif. Il n'est donc pas nécessaire que celui-ci les consacre. D'ailleurs, en écrivant les dispositions des art. 1156 à 1164, le législateur n'a pas prétendu donner une liste complète des règles d'interprétation : « Eux seuls (les juges), disait le tribun Favard, peuvent, exempts de passions, lire dans l'intention des parties ; mais ils doivent suivre, dans cette pénible recherche, *certaines règles universelles*. Le projet de loi leur en présente *plusieurs* qui ont reçu l'approbation de tous les siècles ». Locré, XII, p. 436, n. 47 ; Fenet, XIII, p. 325. Le législateur n'avait donc pas la prétention de les présenter toutes.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, V. Locré, XII, p. 336, n. 50 ; Fenet, XIII, p. 238 ; Mouricault, Discours devant le Corps législatif, V. Locré, XII, p. 560, n. 4 ; Fenet, XIII, p. 422.

de son rôle, et s'il n'eût pas dû plutôt laisser à la doctrine le soin de déterminer les divers points de vue auxquels les interprètes des conventions feront bien de se placer (1).

Aussi les rédacteurs du *Code fédéral des obligations* se sont-ils abstenus de reproduire les dispositions de nos articles 1156 à 1164, et se sont-ils bornés à formuler cette proposition générale, qui est, au surplus, elle-même, du moins dans sa seconde partie, d'une utilité contestable : « Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou aux expressions inexactes dont elles se sont servies, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention » (2).

553. Il faut remarquer aussi que, dans l'énumération des règles d'interprétation, le législateur n'a suivi aucun ordre logique. On ne peut donc pas juger de l'importance de chacune d'elles d'après la place qu'elle occupe dans cette énumération. Nous verrons même que, parmi les dispositions de notre section, il en est une, celle de l'art. 1162, qui ne constitue pas une règle d'interprétation. A vrai dire, il n'était pas possible de classer à un point de vue absolu les axiomes consignés dans les articles 1156 à 1164. Chacun d'entre eux doit primer les autres suivant la nature de la difficulté qu'il s'agit de résoudre.

Examinons successivement chacune des règles écrites dans la section V.

554. Première règle : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». Art. 1156 (3).

(1) Huc, VII, n. 175. — Cpr. Larombière, II, p. 106 (art. 1156, n. 2).

(2) Cpr. sur cet article du Code fédéral, Virgile Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, n. 37.

(3) L. 219, D., *De verb. signif.*, L. 16; Domat, *Lois civiles*, 1re part., livre I, tit. I, sect. 2, n. 11; Pothier, *Oblig.*, n. 91. — Il résulte de la disposition de l'art. 1156 que le juge peut décider, en s'attachant à l'intention des contractants, qu'une certaine éventualité a été prévue par eux, bien qu'elle n'ait pas été mentionnée dans la convention. — Paris, 30 mai 1888, D. P., 90. 2. 31. — V. pour une autre application, Rouen, 23 janv. 1901, D. P., 1902. 2. 409.

Cette règle, en tant qu'elle prescrit au juge de rechercher la volonté des contractants, domine toutes les autres dispositions de la section [1]. Elle découle directement du principe que la convention fait la loi des parties [2]. Mais la formule dont le législateur s'est servi pour l'exprimer, a le défaut d'être trop générale, et, par suite, elle serait dangereuse si on la prenait à la lettre. Il faut, en effet, la préciser en disant qu'en principe, c'est seulement si les termes de la convention ne sont pas absolument clairs qu'on doit rechercher quelle a été la commune intention des contractants.

Mais, si le sens littéral ou, comme dit Pothier, *grammatical* des termes employés suffit pour déterminer la nature et la portée de la convention, le juge n'a pas à rechercher si la véritable intention des parties n'est pas différente de celle que les termes supposent nécessairement. En effet, en règle générale, on doit admettre que les mots employés par les parties rendent exactement leur pensée, et, par conséquent, lorsque le sens de ces mots est clair et raisonnable, il n'y a, en principe, aucun autre élément de preuve qui puisse faire connaître aussi sûrement la volonté des contractants [3]. D'ailleurs les travaux préparatoires démontrent d'une façon

(1) Elle est applicable aux contrats administratifs comme aux contrats de droit commun. C. d'Et., 26 fév. 1869, D. P., 69. 3. 74.

(2) V. *supra*, n. 334, 336 et 337.

(3) Demante et Colmet de Santerre, V, n. 73-74; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 328, 5e édit., p. 569; Demolombe, XXV, n. 4; Larombière, II, p. 107 (art. 1156, n. 4); Laurent, XVI, n. 502. — Caen, 28 janv. 1827, Dall., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 849-3o. — Caen, 31 déc. 1866, *Rec. des Arrêts de Caen et de Rouen*, 1867, p. 225. — Civ. cass., 14 déc. 1886, S., 88. 1. 63, D. P., 87. 1. 352; 26 déc. 1888, S., 89. 1. 119, D. P., 89. 1. 168; 28 oct. 1889, S., 90. 1. 384, D. P., 90. 1. 52; 10 nov. 1891, D. P., 92. 1. 406. — La formule suivante, qu'on trouve dans l'art. 1281 du Code civil espagnol, est donc bien préférable à la nôtre : « Si les termes d'un contrat sont clairs et ne laissent pas de doute sur l'intention des contractants, on s'en tiendra au sens littéral de ses clauses. Si les expressions paraissent contraires à l'intention évidente des contractants, celle-ci prévaudra sur les expressions ». La seconde partie de cette disposition a été visiblement inspirée par ce passage de Domat : « Si les termes d'une convention paraissent contraires à l'intention des contractants, d'ailleurs *évidente*, il faut suivre cette intention plutôt que les termes ». *Lois civiles*, 1re part., liv. I, sect. 2, n. 11 (édition Rémy, I, p. 132). — Rapprochez aussi L. 168, § 1, D., *De reg. juris*, L, 17, et L. 69, pr. D., *De legat.*, 3o, XXXII, 3.

évidente que telle était bien la pensée du législateur quand il a écrit le disposition de l'art. 1156 (1).

Lorsqu'il s'agit d'une convention qui a été déjà exécutée pendant une ou plusieurs années, la commune intention des parties ressort suffisamment de l'interprétation qu'elles ont donnée elles-mêmes de cette convention pour les années écoulées (2).

555. Toutefois, ainsi que nous l'avons dit sous l'art. 1134, la question de savoir si les termes d'une convention ne sont pas obscurs ou ambigus est une question de fait, et, par suite, la décision qui la résout ne peut pas être déférée à la cour de cassation (3).

556. Mais, d'après nous, il ne faut pas aller jusqu'à dire que, lorsque le sens littéral, autrement dit grammatical des termes d'une convention n'est aucunement douteux, les tribunaux doivent toujours y voir l'expression fidèle de la volonté des parties. Ce serait aller trop loin. La règle n'est pas absolue. Il peut être évident, en effet, que les parties ont pris certains mots dans un sens impropre (4). Cela résultera quelquefois soit de la nature de la convention, soit du rapprochement de certaines de ses clauses, soit même de considérations puisées en dehors du contrat (5). Mais, en général, le juge ne doit s'écarter du sens littéral des mots que lorsqu'il est certain que les parties les ont pris dans une acception impropre (6).

557. En vertu des principes qui viennent d'être exposés, la nature du contrat ne doit pas être déterminée par la qualification que les parties ont donnée à l'acte, quand il est certain que cette qualification est contraire au véritable caractère de la convention (7). Il n'est pas douteux, au surplus,

(1) V. l'observation de Defermon et les réponses faites par Bigot-Préameneu, Treilhard, Malleville et Tronchet dans la séance du conseil d'Etat, en date du 11 brumaire an XII; Locré, XII, p. 154, n. 55-56; Fenet, XIII, p. 67.

(2) Trib. com. Nantes, 21 fév. 1903, *Rec. Nantes*, 1903. 1. 436.

(3) V. *supra*, n. 337.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 328, texte et note 2, 5e édit., p. 569, texte et note 2.

(5) Req., 22 nov. 1865, S., 66. 1. 23, D. P., 66. 1. 108. — *Adde* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 328, 5e édit., p. 570, texte et note 3 *bis;* Laurent, XVI, n. 501.

(6) Liège, 5 juil. 1860, *Pasicrisie*, 61. 2. 290.

(7) Civ. rej., 25 mars 1903, D. P., 1904. 1. 273. — Ainsi jugé par les arrêts sui-

que la décision judiciaire qui méconnaîtrait ce principe tomberait sous la censure de la cour suprême comme violant la disposition de l'art. 1134 et même, dans certains cas, d'autres dispositions de la loi, si l'inexactitude de la dénomination donnée au contrat ressortait des constatations mêmes contenues dans cette décision (1). Mais, en sens inverse, le nom par lequel les parties ont désigné le contrat doit être tenu pour exact quand il est conforme à la nature de la convention et qu'il n'est incompatible avec aucun de ses éléments (2).

558. En pratique, il est rare que les contractants se soient exprimés d'une façon assez nette et assez précise pour ne laisser aucune place au doute. La plupart du temps, par conséquent, les tribunaux sont dans la nécessité de rechercher l'intention des contractants. On s'accorde à reconnaître qu'en pareil cas ils ne sont pas obligés, pour former leur opinion, de s'en tenir à la convention même qu'il s'agit d'interpréter. Ils peuvent prendre en considération notamment les qualités des parties, leurs professions, leurs relations antérieures. Il en est autrement pour les testaments : c'est dans ces actes mêmes qu'on doit puiser la preuve des dispositions qu'ils renferment; mais cela s'explique par leur caractère solennel, et, par conséquent, la règle ne doit pas être étendue aux conventions (3).

559. Toutefois, le juge qui est appelé à interpréter une convention ne peut fonder sa conviction sur d'autres actes que lorsqu'ils émanent soit des mêmes parties, soit de celle à laquelle ils sont opposés. C'est tout simplement l'application du principe que nul ne peut se créer un titre à soi-même (4). Il va de soi, d'ailleurs, qu'en général la preuve

vants au point de vue de la perception des droits d'enregistrement. — Civ. rej., 20 août 1867, S., 67. 1. 407, D. P., 67. 1. 337. — Req., 5 juil. 1870, S., 71. 1. 246, D. P., 71. 1. 84; 28 janv. 1873, S., 73. 1. 227, D. P., 73. 1. 307. — Civ. rej., 7 mars 1876, S., 76. 1. 280. — Req., 5 nov. 1878, S., 79. 1. 83, D. P., 79. 1. 100; 28 déc. 1886, S., 87. 1. 435. — Civ. cass., 22 fév. 1887, S., 88. 1. 87, D. P., 87. 1. 500. — V. *supra*, n. 334.

(1) V. *supra*, n. 336.

(2) Civ. cass., 8 mai 1854, S., 54. 1. 462, D. P., 54. 1. 184.

(3) Larombière, II, p. 107 (art. 1156, n. 5); Demolombe, XXV, n. 8; Laurent, XVI, n. 503.

(4) Demolombe, XXV, n. 10-11; Laurent, XVI, n. 503.

de l'existence et de la portée des conventions est soumise aux règles de droit commun, notamment en ce qui concerne la nécessité d'un commencement de preuve par écrit pour l'admissibilité de la preuve testimoniale et des présomptions.

560. Deuxième règle : « *Lorsqu'une clause est susceptible » de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel » elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel » elle n'en pourrait produire aucun* ». Art. 1157 (1). Car on doit raisonnablement supposer que les parties n'ont pas entendu faire des stipulations inutiles.

En conséquence, la clause portant que l'acquéreur d'un immeuble « supportera les servitudes passives à ses risques et périls », signifie que les parties ont voulu décharger le vendeur de la garantie des servitudes occultes; car, entendue autrement, elle ne produirait aucun effet, le vendeur étant, de plein droit, aux termes de l'art. 1638, affranchi de toute garantie relativement aux servitudes apparentes (2).

De même un acte dont le caractère est douteux doit être interprété dans le sens qui permet de le considérer comme valable plutôt que dans celui où il serait nul. La cour de Rennes a fait application de ce principe au cas d'un acte entièrement écrit, daté et signé de la main du disposant et ainsi conçu : « Je fais *don* à ma femme de tout ce que je possède en propriété; qu'elle en fasse ce qu'elle voudra ». La cour a validé l'acte comme testament. Elle aurait dû le déclarer nul au contraire, si elle lui avait reconnu le caractère de donation entre vifs, lequel paraissait résulter de ses termes. Arg. art. 931 (3).

Mais il ne faut pas, pour attribuer de l'utilité à une clause, l'interpréter contrairement à la volonté certaine des parties. Cela revient à dire que, lorsqu'on ne peut pas appliquer en même temps la disposition de l'art. 1156 et celle de l'art. 1157, c'est la première qui doit prévaloir. Dans ce cas, par

(1) L. 80, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1; Pothier, *Oblig.*, n. 92 (édit. Dupin, I, p. 51).

(2) Trib. civ. Gannat, 7 juin 1889, D., 91. 2. 166.

(3) Rennes, 22 juin 1881, S., 84. 2. 18, D. P., 81. 2. 238.

conséquent, le juge doit considérer la clause comme inutile [1].

Ajoutons qu'il doit se prononcer de même plutôt que d'interpréter la clause dans un sens qui la rendrait illicite ou immorale, surtout quand cette interprétation aurait pour conséquence la nullité de toute la convention. Art. 1172 [2].

561. Troisième règle : « *Les termes susceptibles de deux » sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à » la matière du contrat* ». Art. 1158 [3]. Lorsque les parties n'ont pas exprimé une volonté contraire, il est logique de décider qu'elles ont entendu laisser leur convention sous l'empire du droit commun et, par suite, lui maintenir ses effets naturels. Le caractère du contrat est donc un des principaux éléments auxquels le juge doit se référer pour découvrir l'intention des parties [4].

562. Quatrième règle : « *Ce qui est ambigu s'interprète par » ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* ». Art. 1159 [5]. C'est qu'en effet les usages, par cela même qu'ils ont pu se former, répondent très vraisemblablement au but que les parties ont poursuivi en contractant [6].

Le législateur, dans l'art. 1159, parle de l'usage du pays où *le contrat est passé*. C'est certainement à cet usage qu'il faut se référer quand c'est dans le même lieu que la convention est faite et qu'elle doit être exécutée [7]. Mais, si tel n'est pas le cas, et si les deux pays ont des usages différents, il se peut

(1) Demolombe, XXV, n. 14; Laurent, XVI, n. 506.

(2) Demolombe, XXV, n. 13.

(3) Au lieu de ces mots « à la *matière* du contrat », Domat disait « au *sujet* de la convention » (*Lois civiles*, 1re part., liv. I, sect. II, n. 12), et Pothier : « à la *nature* du contrat » (*Oblig.*, n. 93). C'est toujours la même idée. — V. aussi L. 67, D., *De reg. juris*, L, 17

(4) Pour l'application du principe en matière de compte courant avec garantie hypothécaire, v. Amiens, 3 fév. 1876, S., 77. 2. 41, D., *Supplém. au Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 282. — V. pour une autre application, Req., 11 novembre 1901, D. P., 1903. 1. 213.

(5) L. 34, D., *De reg. jur.*, L, 17; Pothier, *Oblig.*, n. 94. — Cpr. Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. II, n. 9.

(6) L'art. 1159, ainsi d'ailleurs que tous les principes généraux d'interprétation, s'applique aux assurances maritimes comme aux autres contrats. — Req., 14 janv. 1854, S., 56. 1. 339; 24 avril 1854, S., 54. 1. 340, D. P., 1854. 1. 318.

(7) Civ. cass., 9 août 1887, S., 87. 1. 416, D. P., 89. 1. 189.

que les clauses ambiguës doivent être interprétées par l'usage de l'endroit où l'exécution doit avoir lieu, et non pas par celui de l'endroit où les parties ont contracté. Si, par exemple, alors que nous nous trouvons tous les deux à Paris, je vous loue une maison que je possède à Bordeaux, on doit naturellement supposer que nous avons entendu nous référer aux usages de cette dernière ville (1).

La règle de l'art. 1159 conduit à décider que, lorsque, pour fixer un prix, les contractants emploient un nom de monnaie qui existe dans plusieurs pays, mais qui correspond, suivant les pays, à des valeurs différentes, on doit présumer qu'elles ont eu en vue la valeur représentée par ce nom de monnaie dans le pays où la convention est faite (2).

563. La méconnaissance par le juge d'un usage qui est invoqué simplement au point de vue de l'interprétation d'un contrat ne peut pas donner lieu à cassation (3).

564. Cinquième règle. — « *On doit suppléer dans le contrat » les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas » exprimées* ». Art. 1160. Rapprochez art. 1135 (4). Par exemple, dans les ventes de marchandises, l'acheteur doit payer, en sus du prix fixé, les gratifications d'usage, celles-ci étant réputées avoir été tacitement convenues (5).

Par exemple encore le directeur d'une tournée musicale doit, alors même que cette question n'a pas fait l'objet d'une convention spéciale, procurer aux solistes qu'il a engagés un accompagnateur dans des conditions acceptables, c'est-à-dire un accompagnateur qui puisse les seconder utilement et dont ils aient pu vérifier l'aptitude par des répétitions préalables (6).

(1) Larombière, II, p. 118 (art. 1159, n. 2); Demolombe, XXV, n. 17; Laurent, XVI, n. 508. — Bruxelles, 28 déc. 1863, *Pasicr.*, 64. 2. 283.

(2) Toullier, VI, n. 319; Pardessus, n. 1492; Massé, *Dr. com.*, I, n. 604 s.; Larombière, II, p. 118 (art. 1159, n. 1 *in fine*).

(3) Larombière, II, p. 120 (art. 1160, n. 4); Demolombe, XXV, n. 19. — Req., 3 juil. 1844, S., 44. 1. 667; 12 juin 1903, D. P., 1903. 1. 411.

(4) V. une application du principe dans l'art. 1736.

(5) Civ. rej., 15 fév. 1860, S., 60. 1. 955, D. P., 60. 1. 403. — V. aussi Larombière, II, p. 120 (art. 1160, n. 2).

(6) Trib. civ. de la Seine, 3 août 1899, D. P., 1902. 2. 386.

Ainsi l'usage n'a pas pour seule fonction d'interpréter les clauses obscures ou ambiguës; il peut aussi déterminer les conditions secondaires d'un engagement et même engendrer une obligation. Tant est grande son autorité en matière d'interprétation des contrats [1]!

Toutefois il est sans force en présence d'une disposition formelle de la loi ou d'une clause dérogatoire insérée dans le contrat [2].

565. Sixième règle. — « *Toutes les clauses des conventions » s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune » le sens qui résulte de l'acte entier* ». Art. **1161** [3]. Domat, à qui cette maxime a été presque textuellement empruntée, ajoutait : « Et même de ce qui est énoncé dans les préambules ». Nul doute qu'il ne doive en être de même aujourd'hui. Suivant la remarque de Pothier, une clause doit s'interpréter par les autres « soit qu'elles précèdent ou qu'elles suivent ». Cela n'est pas contestable [4].

Le motif de l'art. **1161** se découvre facilement : Le contrat constitue dans l'esprit des parties un tout indivisible en ce sens que, très ordinairement, ses clauses se complètent, se limitent, en un mot s'expliquent les unes les autres. En conséquence, pour pénétrer le sens de chacune d'elles, il est indispensable de les examiner toutes.

Reproduisons un exemple classique : Dans un contrat de vente d'immeuble, il est dit, par une première clause, que le fonds est vendu *franc de toute charge réelle,* et, par une seconde clause, que le vendeur *n'entend être garant que de ses faits*. La seconde clause doit servir à interpréter la première, car elle restreint la généralité des termes de celle-ci,

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 95 (édit. Dupin, I, p. 52). — Req., 12 juin 1903, précité.

(2) Larombière, II, p. 120 (art. 1160, n. 3). — Par suite, nonobstant l'autorité des usages du commerce, les tribunaux ne peuvent pas les invoquer pour méconnaître les effets légaux des contrats dont ils constatent l'existence. — Civ. cass., 26 mai 1868, S., 69. 1. 33, D. P., 68. 1. 471. — Req., 30 déc. 1879, S., 80. 1. 199, D. P., 80. 1 108.

(3) L. 126, D., *De verb. signif.*, L. 16; Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. 2, n. 10; Pothier, *Oblig.*, n. 96. — Cpr. L, 24, D., *De legibus*, I, 2.

(4) La règle de l'art. 1161 s'applique notamment aux contrats de mariage. — Req., 22 avril 1857, S., 57. 1. 575, D. P., 57. 1. 207.

tout ce que le vendeur a entendu assurer, c'est qu'il n'avait imposé aucune charge sur le fonds vendu; il n'entendait point affirmer qu'il n'y eût pas des charges imposées par ses auteurs et dont il n'eût pas connaissance (1).

566. Mais il ne faut pas en conclure que les diverses clauses d'une convention sont tellement dépendantes les unes des autres que l'acte entier doive toujours tomber si l'une d'elles est nulle. Ce serait dépasser la pensée du législateur. Il se peut sans doute que la validité de chacune des clauses soit subordonnée à celle des autres. Mais le contraire aussi est possible (2).

567. A peine est-il besoin de dire qu'on doit interpréter les diverses clauses d'une convention de façon que chacune d'elles ait son utilité, et, par suite, le juge ne peut considérer deux clauses comme contradictoires que lorsqu'elles ne sont pas susceptibles d'être exécutées concurremment, ne fût-ce que pour partie.

568. Il peut arriver que les diverses clauses d'une convention soient complètement inconciliables. Tel est le cas lorsqu'un acte renferme deux clauses dont l'une a pour objet la vente d'un domaine, et l'autre la constitution d'une hypothèque sur le même fonds au profit de la personne qui figure comme acquéreur dans la clause précédente. Le juge a, dans ce cas, tout pouvoir pour déterminer, par une souveraine appréciation des faits, quelle est celle des deux clauses qui doit être exécutée (3).

569. Septième règle : « *Dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Art. 1162 (4). La loi a fait des applications de ce principe dans les art. 1187, 1190 et 1247, al. 2.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 96 (édit. Dupin, I, p. 52, *in fine*). — V. aussi Paris, 13 fév. 1894, D. P., 94. 2. 430. — Req., 15 juin 1902, D. P., 1903. 1. 448.

(2) C'est un point auquel la jurisprudence n'a pas toujours pris garde. V. Bruxelles, 10 mars 1864, *Pas.*, 64. 2. 192.

(3) Cpr. Bordeaux, 5 janv. 1833, S., 33. 2. 188. D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3509.

(4) L. 38, § 18, et L. 99, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1; L. 9, D., *De reg. jur.*, L, 17; Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. II, n. 13; Pothier, *Oblig.*, n. 97. — V. des applications du principe dans Conseil d'Etat, 2 juil. 1875, D. P., 76. 5. 453. — Orléans, 25 avril 1882, D. P., 83. 2. 124. — Douai, 10 nov. 1898, D. P., 1900. 2. 47.

Toute obligation, toute aggravation d'obligation implique une restriction apportée à la liberté naturelle du débiteur. On ne peut donc pas plus présumer l'existence d'un engagement conventionnel que celle d'une servitude. L'un et l'autre dérogent au droit commun. Il est donc naturel, quand le juge chargé d'interpréter une convention se heurte à un doute insoluble, qu'il le tranche en faveur de celui qui serait débiteur, s'il y avait engagement. C'est évidemment rationnel, car, suivant la remarque de Domat : « Celui qui s'oblige ne veut que le moins ».

On peut ajouter qu'il incombe à la personne qui se prévaut d'un fait juridique d'en faire la preuve ; entendez par là d'en faire la preuve complète. Art. 1315. Or, du moment qu'une obligation est douteuse, cela suppose nécessairement que le prétendu créancier n'en a pas suffisamment établi l'existence. Le principe écrit dans l'art. 1315 peut donc être invoqué, lui aussi, comme un des fondements de la disposition de l'art. 1162 (1).

Ces deux raisons existant dans tous les cas, c'est à elles, croyons-nous, qu'il faut recourir pour justifier notre règle.

Certains auteurs, pour l'expliquer, disent que, dans les contrats, chaque clause est dictée par celui qui joue le rôle de stipulant ; que, par conséquent, l'obscurité ou l'ambiguïté des termes employés lui est imputable et qu'ainsi il convient de trancher contre lui le doute que présente une clause. C'est la seule explication que donne Pothier (2). Nous reconnaissons que le stipulant dicte souvent les diverses conditions du contrat. Mais il n'en est point toujours ainsi. En conséquence, ce motif ne doit être invoqué qu'après les deux autres et comme un motif simplement accessoire.

570. Il faut remarquer aussi que, lorsque, dans un contrat synallagmatique, le doute porte sur plusieurs clauses, il se peut qu'il ne soit pas toujours tranché contre la même partie. En effet, dans les conventions de cette nature, chacun des contractants joue à la fois le rôle de créancier et celui de

(1) Marcadé, IV, n. 471-472 ; Demolombe, XXV, n. 24 ; Laurent, XVI, n. 511.
(2) *Loc. cit.*

débiteur. Il peut donc arriver que, dans le doute, certaines clauses soient interprétées contre l'une des parties, et certaines contre l'autre.

571. Bien que la disposition de l'art. 1162 figure dans une section qui a pour rubrique : « *De l'interprétation* des conventions », elle n'a nullement le caractère de règle d'interprétation. En effet, pour que la disposition de l'art. 1162 soit applicable, il faut que le juge n'ait pas pu découvrir l'intention des parties, nonobstant l'appel qu'il a fait à toutes les ressources des interprètes. Ainsi il faut qu'il ait pu renoncer légitimement à interpréter, l'impossibilité de l'interprétation ayant été démontrée. L'application de l'art. 1162 est donc un moyen suprême et, si nous pouvons nous exprimer ainsi, un moyen brutal de supprimer la difficulté. En un mot, la disposition de l'art. 1162 est si peu une règle d'interprétation qu'elle suppose essentiellement que toutes les règles d'interprétation ne sont d'aucun secours. A ce sujet nous ferons observer qu'il eût été préférable de renvoyer cette disposition à la fin de la section V, pour ne la formuler qu'après toutes les règles d'interprétation proprement dites [1].

Ainsi lorsqu'il existe pour les tribunaux un moyen légal quelconque de découvrir la volonté des parties, il ne leur est pas permis de fonder leur décision sur la règle de l'art. 1162. Ils ne peuvent donc pas s'autoriser de cette disposition pour favoriser le débiteur aux dépens du créancier. « En général, dit très bien Domat, quand l'engagement est assez entendu, on ne doit ni l'étendre, ni le restreindre au préjudice de l'un pour favoriser l'autre » [2]. Il n'appartient pas au juge, quand il a constaté une obligation ou qu'il a un moyen de la constater, de la méconnaître sous prétexte d'équité.

572. On trouve dans le titre de la vente une importante exception au principe de l'art. 1162. Elle est contenue dans l'art. 1602, qui porte : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. — Tout pacte obscur et ambigu

(1) V. discours du tribun Mouricault, Locré, XII, p. 561, n. 4; Fenet, XIII, p. 422. — Cpr. Marcadé, *loc. cit.*; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 329, 5e édit., p. 572; Demolombe, XXV, n. 23.

(2) *Loc. cit.*

s'interprète contre le vendeur ». Cette disposition suppose, comme celle de l'art. 1162, qu'il n'est pas possible de dissiper le doute, et que, par conséquent, les règles d'interprétation consignées dans notre section ne sont d'aucun secours pour découvrir l'intention des parties (1).

La disposition de l'art. 1602 repose sur les motifs suivants : Il est juste de considérer le vendeur comme ayant dicté la loi du contrat, car, en fait, il impose ordinairement les diverses clauses de la vente. De plus il connaît sa chose beaucoup mieux que ne peut la connaître l'acheteur. Il est donc parfaitement en mesure de préciser les obligations qu'il contracte (2), et, par suite, s'il ne l'a pas fait, il doit en subir les conséquences. C'est ainsi qu'on raisonne en général (3).

Vu son caractère d'exception, la disposition de l'art. 1602 ne saurait être étendue à d'autres conventions, même à celles qui présentent le plus d'analogie avec la vente, notamment au louage (4) ou à la dation en paiement (5).

De plus, même quand il s'agit d'une vente, l'art. 1602 doit être appliqué seulement aux clauses ordinaires des contrats de cette nature. En ce qui concerne les clauses exception-

(1) Troplong, *Vente*, I, n. 257; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 360, texte et note 3; Guillouard, *Vente*, I, n. 202; Huc, X, n. 71, p. 102; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 284. — En conséquence, si l'art. 1602 déroge à l'art. 1162, il ne déroge aucunement aux art. 1156 à 1161, et, par suite, quand l'interprétation d'un acte de vente est conforme à l'un de ces deux derniers textes, elle ne viole aucunement l'art. 1602, alors même qu'elle profiterait au vendeur. — Req., 3 avril 1872, D. P., 73. 1. 131.

(2) Portalis, *Exposé des motifs*, Fenet, XIV, p. 124; Locré, XIV, p. 157, p. 22.

(3) V. Aubry et Rau, 4e édit., *loc. cit.*, et les auteurs qu'ils citent. — *Adde* Demolombe, XXV, n. 26-28; Arntz, III, n. 972; Thiry, III, n. 552; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 284. — Cpr. Larombière, II, p. 126-128 (art. 1162, n. 7). — Plusieurs auteurs critiquent la disposition de l'art. 1602. — V. Duvergier, *Vente*, I, n. 242; Laurent, XXIV, n. 154 et 155; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 200.

(4) Dans ce sens voyez Duvergier, *Louage*, I, n. 26; Demolombe, XXV, n. 29; Laurent, XXV, n. 99; Guillouard, *Tr. du louage*, I, n. 85. — La jurisprudence est en sens contraire, V. Paris, 10 août 1841, D., *Rép. alph.*, v° *Louage*, n. 147. — Angers, 23 avril 1842, D., *op.* et v° *cit.*, n. 87. — Trib. civ. Toulouse, 16 décembre 1886, *Gaz. trib. Midi*, 13 février 1887. — Trib. paix Paris, 20 février 1890, *Loi*, 19 mars 1890. — Paris, 10 novembre 1896, S., 98. 2. 249, D. P., 97. 2. 288. — Trib. civ. Lyon, 30 juin 1897, *Loi*, 28 juillet 1897. — V. aussi dans ce dernier sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re éd., n. 43, 2e édit., n. 47.

(5) V. notre tome II, n. 1687.

nelles qui ont pu être insérées dans l'intérêt de l'acheteur, le droit commun reprend son empire, et, par suite, le juge doit trancher le doute au profit du vendeur (1). Il ressort des explications données au Corps législatif par le tribun Grenier que telle est la véritable portée de l'art. **1602** (2).

Bien plus, si la vente renferme deux clauses qui ne sont ni ambiguës ni obscures, mais qui sont contradictoires, l'art. **1602** ne saurait être appliqué, car chacune des clauses en elle-même ne présente ni obscurité ni ambiguïté. On n'est donc pas alors dans l'hypothèse prévue par le texte qui suppose « un pacte obscur ou ambigu ». Cette solution découle aussi du caractère exceptionnel de l'art. **1602** (3).

573. L'art. **1162**, comme les autres textes de la section V, n'a point le caractère impératif. Il renferme simplement, lui aussi, un conseil à l'adresse des tribunaux. En conséquence le juge qui trancherait le doute en faveur du stipulant ne violerait aucune disposition légale (4).

Il pourrait notamment se prononcer dans ce sens si le doute provenait d'une ambiguïté ou d'une obscurité due soit à la mauvaise foi, soit à la faute du débiteur (5). C'est ainsi, que, d'après la jurisprudence, les clauses obscures ou ambiguës d'une police d'assurances doivent, dans le doute, s'interpréter contre la compagnie qui a rédigé cette police. C'est à elle, en effet, que l'ambiguïté ou l'obscurité de la rédaction est imputable (6).

574. Huitième règle : « *Quelque généraux que soient les » termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne*

(1) V. Troplong, *Vente*, I, n. 258; Aubry et Rau, VI, 4e édit., p. 360, note 3; Demolombe, XXV, n. 28; Laurent, XXIV, n. 155-156; Arntz et Thiry, *loc. cit.*; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 203; Huc, X, n. 71; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 284 *in fine*; Planiol, II, 1re édit., n. 1414 *in fine*, 2e et 3e édit., n. 1357 *in fine*.

(2) Fenet, XIV, p. 194; Locré, XIV, p. 243, n. 17.

(3) Laurent, XXIV, n. 156. — Req., 12 janv. 1857, D. P., 57. 1. 407.

(4) Req., 13 fév. 1883, S., 83. 1. 466, D. P., 84. 1. 83.

(5) Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. I, tit. I, sect. 2, n. 14. — Cpr. Code civil espagnol, art. 1288.

(6) Paris, 1er août 1844, S., 46. 2. 12, D. P., 45. 2. 7. — Trib. fédéral suisse, 3 juin 1893, S., 94. 4. 12. — Paris, 5 mai 1896, D. P., 96. 2. 414. — Cpr. Lyon, 22 déc. 1901, D. P., 1903. 2. 306.

» *comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les par-* » *ties se sont proposé de contracter* ». Art. 1163 (1). Cette règle n'est qu'un corollaire de l'art. 1156. En effet, comprendre seulement dans une convention, nonobstant la généralité de ses termes, les choses que les parties ont eues en vue, c'est s'attacher à l'intention plutôt qu'aux termes.

575. La loi a fait des applications de ce principe au titre des *Transactions*. Art. 2048 à 2050 (2). La jurisprudence à également déduit de notre règle d'importantes conséquences, notamment en matière de cession de propriété d'œuvres littéraires et du droit de reproduction d'œuvres d'art. Dans les contrats de cette espèce, quelque généraux que soient leurs termes, c'est la loi en vigueur au moment de la convention qui détermine la durée pour laquelle le droit est cédé, et, par suite, la prolongation résultant d'une loi postérieure bénéficie aux héritiers de l'auteur et non pas au cessionnaire. Il est vraisemblable, en effet, que, dans l'intention des parties, le contrat concernait exclusivement la durée admise à l'époque où elles traitaient et que les prolongations éventuelles n'ont pas été prévues (3).

576. Mais, quand la convention porte sur une universalité de biens, tous les éléments actifs ou passifs qui composent celle-ci sont compris dans le contrat, même ceux que les parties ne connaissaient pas ; car elles ont eu l'intention de traiter

(1) L. 27, § 4, D., *De pactis*, II, 14; Pothier, *Oblig.*, n. 98. — V. aussi L. 3, § I, L. 9 et L. 12, D., *De transac.*, II, 15 ; Loysel, *Instit. cout.*, liv. III, tit. I, règle 13.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mand., du cautionn., de la transac.*, n. 1286 et 1301.

(3) Pour le cas de cession de la propriété d'œuvres littéraires, v. dans notre sens Paris, 12 janvier 1852, S., 52. 2. 585, D. P., 54. 2. 225. — Paris, 19 mai 1876, S., 76. 2. 230, D. P., 76. 2. 127, et, sur pourvoi, Req., 20 nov. 1877, S., 77. 1. 464, D. P., 78. 1. 309. — Pour le cas de cession du droit de reproduction d'œuvres d'art, v. dans notre sens Lesenne, *Tr. des dr. d'aut.*, n. 215; Renouard, *Tr. des dr. d'aut.*, II, n. 212 ; Gastambide, *Tr. de la contrefaçon*, n. 134 ; Calmels, *De la propr. et de la contref.*, n. 292. — Crim. cass., 28 mai 1875, S., 75. 1. 329 (note conforme de Labbé), D. P., 75. 1. 334 ; 29 avril 1876, S., 76. 1. 409. — Rouen, 25 février 1876, S., 76. 2. 67, D. P., 76. 2. 100. — Paris, 18 août 1879, S., 80. 2. 257, D. P., 81. 2. 61, et, sur pourvoi, Civ. cass., 20 février 1882, S., 83. 1. 339, D. P., 82. 1. 465. — En sens contraire, Paris, 31 déc. 1874, S., 75. 2. 65, et la note de M. Lyon-Caen, mais cette décision a été cassée par l'arrêt précité du 28 mai 1875.

non pas sur certains de ces éléments considérés individuellement, mais bien sur l'universalité même. Si le Code n'a pas reproduit à ce sujet la décision de Pothier [1], c'est parce qu'elle ne constitue pas une exception à notre règle et qu'elle découle de ce principe général qu'on doit s'attacher à la volonté des contractants pour déterminer l'objet de la convention.

577. Neuvième règle : « *Lorsque, dans un contrat, on a* » *exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est* » *pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'en-* » *gagement reçoit de droit aux cas non exprimés* ». Art. **1164** [2]. Le cas exprimé a été prévu soit parce que les parties craignaient qu'il ne s'élevât des doutes à son sujet, soit parce qu'elles lui attachaient une importance particulière, soit tout simplement à titre d'exemple. Quelle que soit celle de ces préoccupations qui a guidé les contractants, il serait contraire à leur intention d'exclure les cas non exprimés. Voilà pourquoi l'art. **1164** proscrit l'argument *a contrario*, c'est-à-dire un argument essentiellement dangereux.

578. Bien que les règles des art. **1156** à **1164** figurent dans une section qui a pour rubrique : « De l'interprétation *des conventions* », elles ne sont pas particulières à cette catégorie de faits juridiques. Elles sont aussi applicables à l'interprétation des testaments, des legs, des autres dispositions testamentaires [3] et des jugements. C'est ainsi que, lorsqu'une disposition testamentaire est ambiguë, le juge doit appliquer la règle de l'art. **1156** et, par conséquent, s'attacher moins au sens littéral des termes qu'à la volonté présumée du testateur [4]. De même le juge interprète sainement un testament en lui donnant, conformément à l'art. **1157**, le sens dans

[1] *Oblig.*, n. 99. — Cpr. L. 29, D., *De transact.*, II, 4.

[2] L. 81, D., *De reg. jur.*, L, 17. — Pothier, *Oblig.*, n. 100. — Cpr. L. 56, D., *Mandati*, XVII, 1.

[3] V. Demolombe, XXI, n. 739-740; Laurent, XIV, n. 152-155. — Pour les autres auteurs, voir le Code civil annoté de Fuzier-Herman, art. 895, n. 170. — Toutefois, dans l'application des art. 1156 s. aux testaments, il faudra tenir compte des différences qui séparent ces actes des contrats.

[4] Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, XIV, n. 152 et 154. — Rouen, 2 mars 1853, S., 53. 2. 249, D. P., 54. 2. 111. — Paris, 30 août 1853, *ibid.* — Riom, 2 mars 1882, S., 83. 2. 140, D. P., 83. 2. 15. — Besançon, 6 juin 1882, S., 83. 2. 147, D. P., 83. 2. 60. — V. pour d'autres autorités C. civ. ann. de Fuzier-Herman, art. 895, n. 171.

lequel il peut avoir un effet plutôt que celui avec lequel il n'en produirait aucun (1). De même encore, quand les diverses dispositions d'un testament dépendent les unes des autres, le juge doit, par application de l'art. 1161, donner à chacune d'elles le sens qui résulte de l'acte entier (2). Il faut décider aussi que les clauses des testaments relatives à des legs doivent, dans le doute, s'interpréter plutôt contre les bénéficiaires de ces libéralités que contre les héritiers. Cela résulte de l'art. 1162 (3).

579. Les règles d'interprétation formulées dans les art. 1157 s., en ce qui concerne les clauses ambiguës, ne sont pas applicables aux formalités rigoureuses dont la mention est exigée par la loi à peine de nullité dans les actes notariés, de façon à ne laisser aucune espèce d'équivoque (4).

SECTION VI

DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS

§ I. *Principe.*

580. « *Les conventions,* porte l'art. 1165, *n'ont d'effet* » *qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au* » *tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art.* » *1121* ». Cette proposition est de toute évidence. La force obligatoire des conventions résultè du consentement des parties. Elle ne peut donc exister qu'au regard de ceux qui

(1) Req., 20 déc. 1892, D. P., 93. 1. 117. — *Adde* Rennes, 22 juin 1881, D. P., 81. 2. 238-239. — V. aussi Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 461; Demolombe, XXI, n. 736, et, pour d'autres autorités, Code civil de Fuzier-Herman, art. 895, n. 179.

(2) Larombière, II, p. 122 (art. 1161, n. 4); Laurent, XIV, n. 155. — Req., 5 fév. 1839, D., *Rép. alph.*, v° *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 4215-4°, et 13 août 1840, D., *eod.* v°, n. 3495.

(3) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Legs*, § 1; Duranton, IX, n. 367-369; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 461, texte et note 10; Demolombe, XXI, n. 742; Laurent, XIV, n. 166. — Caen, 31 juil. 1850, S., 52. 1. 349. — Angers, 11 mars 1870, D. P., 71. 2. 24. — Bruxelles, 2 juin 1879, D. *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 850. — V. sur l'interprétation de ces formules « le mobilier », « le restant du mobilier », « les meubles et les effets mobiliers », « une maison avec tout ce qui s'y trouve », et de plusieurs autres usitées dans les testaments, les décisions rangées par groupes dans la note précitée d'Aubry et Rau.

(4) Civ. cass., 20 mars 1889, S., 90. 1. 15, D. P., 89. 1. 429.

ont consenti. Aussi peut-on dire qu'il était inutile d'écrire l'art. 1165. Ce texte renferme une constatation que les auteurs du Code ont trouvée dans Pothier [1], mais qui est une superfétation dans une œuvre législative.

581. Les conventions n'ayant pas d'effet à l'égard des *tiers*, il importe de déterminer le sens de cette dernière expression. D'une manière générale, il faut entendre par *tiers* toute personne qui n'a pas participé à la convention et qui n'y a pas été valablement représentée. On voit qu'il n'est pas nécessaire, pour avoir la qualité de partie contractante, d'avoir figuré en personne dans le contrat; il suffit d'y avoir été représenté conformément à la loi.

Le mandant n'est donc pas un tiers par rapport à la convention dans laquelle il a été représenté par le mandataire. Art. 1998, al. 1.

Cette proposition est vraie notamment pour le cas où il y a mandat légal. C'est ainsi que le mineur ne doit pas être considéré comme un tiers quant aux actes où il a été représenté par le tuteur. Art. 450.

De même le maître n'a pas la qualité de tiers en ce qui concerne les conventions où le gérant d'affaires a parlé en son nom. Art. 1375.

Les ayants cause universels des parties contractantes ne sont pas des tiers quant aux conventions dans lesquelles a figuré leur auteur. Il en est ainsi des héritiers, des donataires et des légataires universels. Nous savons, en effet, qu'aux termes de l'art. 1122, on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause.

Il faut classer parmi les ayants cause universels les créanciers chirographaires, alors, du moins, qu'ils agissent en cette qualité, c'est-à-dire en invoquant simplement les droits qui leur sont conférés par l'art. 2093 [2].

En ce qui regarde les ayants cause à titre particulier des parties, tels qu'acheteurs, donataires, nous avons vu plus haut, sous l'art. 1122, que les conventions faites par leur

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 85, al. 2, et n. 87.
[2] Civ. cass., 29 oct. 1890, S., 91. 1. 305, D. P., 91. 1. 475.

auteur antérieurement à l'époque où ils ont traité avec lui, produisent effet par rapport à eux, lorsqu'elles sont relatives à la chose qui leur a été transmise et qu'elles ont augmenté ou diminué le droit de leur auteur sur cette chose [1]. Ainsi l'acheteur d'un immeuble peut invoquer la convention par laquelle son vendeur a stipulé une servitude au profit de cet immeuble, de même qu'on peut invoquer contre lui la convention par laquelle ce même vendeur a grevé cet immeuble d'une servitude antérieurement à la vente; le tout sauf la question de transcription. Par rapport à toutes autres conventions faites par leur auteur, les ayants cause à titre particulier sont des tiers.

582. La proposition écrite dans l'art. 1165 peut se décomposer en deux règles :

1° Les conventions ne profitent pas aux tiers; 2° les conventions ne nuisent pas aux tiers.

La première de ces règles comporte quelques exceptions : la seconde n'en admet qu'une.

Voyons quelles sont ces exceptions.

583. D'après le texte même de l'art. 1165, les conventions profitent aux tiers dans les cas prévus par l'art. 1121. Rappelons les termes de cette dernière disposition : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre... » C'est bien là, en effet, selon nous, une exception à notre règle, car, dans les cas prévus par l'art. 1121, la stipulation pour autrui fait naître immédiatement et par elle-même un droit au profit du bénéficiaire [2].

Mais, on l'a vu, la plupart des auteurs soutiennent que, lorsque la stipulation pour autrui intervient dans les conditions indiquées par l'art. 1121, il y a seulement pollicitation en faveur du tiers et que celui-ci n'acquiert de droit que par son acceptation. Si l'on adopte cette théorie, on doit évidemment décider que, dans les hypothèses dont nous parlons, il

[1] V. *supra*, n. 223-225.

[2] V. *supra*, n. 154 et 200. — Cpr. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 327, texte et note 9, 5e édit., p. 568, texte et note 9.

n'y a pas, à vrai dire, exception au principe que les conventions ne profitent pas aux tiers. En effet, si l'acceptation du bénéficiaire est nécessaire, il faut, pour que la convention lui profite, qu'il devienne partie contractante (1).

584. Il y a encore exception à notre règle dans le cas d'une substitution par donation entre vifs faite en vertu des dispositions des art. 1048 et 1049. Les appelés bénéficient de cette convention, bien qu'ils n'y aient pas participé. Cette exception a été admise par le législateur en vue de permettre au disposant d'assurer l'avenir de ses petits-enfants ou des enfants de son frère ou de sa sœur.

585. Il faut également voir une exception au même principe dans les donations, par contrat de mariage, de biens à venir ou de biens présents et à venir, lors, du moins, qu'elles ne sont pas faites entre époux. Ces libéralités, si le donataire prédécède, passent aux enfants qui naissent de son union.

Cette dérogation s'explique par le désir qu'a eu le législateur d'encourager au mariage.

586. Le Code civil ne renferme pas d'exception à la règle que les conventions ne nuisent pas aux tiers. Mais on en trouve une dans le Code de commerce. Elle est relative au cas de concordat. Dans cette convention, la volonté de la majorité des créanciers de la faillite est imposée à la minorité, si cette majorité représente les trois quarts de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision et si le concordat est homologué. Art. 507 et 516 C. co.

La convention peut donc être obligatoire pour des créanciers qui n'y ont aucunement figuré et même pour des créanciers qui s'y sont opposés (2).

587. Le législateur paraît présenter les dispositions des art. 1166 et 1167 comme dérogeant, elles aussi, au principe

(1) Colmet de Santerre, V, n. 80 *bis*-II; Larombière, II, p. 132 (art. 1165, n. 2); Demolombe, XXV, n. 42 *in fine;* Vigié, II, n. 1218.

(2) Suivant Pothier, il n'y aurait pas là une véritable exception. *Oblig.*, n. 88. — Mais, aujourd'hui, l'opinion contraire est admise par tous les auteurs. V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 80 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 327, 5e édit., p. 568; Larombière, II, p. 133 (art. 1165, n. 5); Demolombe, XXV, n. 41; Laurent, XVI, n. 380; Vigié, II, n. 1218, p. 549; Huc, VII, n. 181, p. 249; Planiol, II, 1re édit., n. 984-1°, 2e et 3e édit., n. 945-1°.

posé par l'art. 1165 (Arg. du mot *néanmoins* de l'art 1166 et du mot *aussi* de l'art. 1167). Mais ces dispositions ne constituent pas de nouvelles exceptions. Elles ne sont qu'un développement du principe.

Que font en effet les créanciers qui exercent l'action indirecte de l'art. 1166? Ils se prévalent d'une convention dans laquelle leur débiteur a figuré : ce qui n'est qu'une application de la règle que les conventions profitent aux ayants cause universels des parties contractantes. Et que font les créanciers qui exercent l'action de l'art. 1167, c'est-à-dire l'action paulienne? Ils attaquent une convention frauduleuse faite par leur débiteur; ils soutiennent qu'ils n'ont pas été représentés par lui dans cette convention, car on ne peut pas dire qu'un débiteur représente ses créanciers, quand il agit en fraude de leurs droits; ils réclament donc la qualité de tiers à raison de la fraude commise pas le débiteur, et ils agissent précisément en vertu du principe que les conventions ne nuisent point aux tiers [1].

§ II. *Du droit qui appartient aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur.*

588. Le droit qui appartient aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur est consacré par l'art. 1166, ainsi conçu : « *Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les* » *droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui* » *sont exclusivement attachés à la personne* ».

Nous examinerons, sur cette matière, les quatre points suivants : I. Notion et fondement du droit reconnu aux créanciers par l'art. 1166; II. Des droits que les créanciers peuvent exercer en vertu de la disposition de cet article; III. Des conditions requises pour l'exercice de l'action indirecte; IV. Des effets de l'exercice, par les créanciers, des droits du débiteur.

[1] Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-I; Larombière, II, p. 170 (art. 1166, n. 1); Demolombe, XXV, n. 46; Laurent, XVI, n. 382; Huc, VII, n. 182.

1. *Notion et fondement du droit reconnu aux créanciers par l'art. 1166.*

589. Tous les biens d'un débiteur sont affectés d'une manière générale au paiement de ses dettes. Ses créanciers n'ont point, sans doute, en cette simple qualité, un droit de possession sur les choses comprises dans son patrimoine. Ce droit n'existerait qu'au profit de ceux d'entre eux qui pourraient se prévaloir d'une constitution de gage faite conformément aux art. 2073 s. C. civ. Mais les créanciers d'une personne peuvent saisir ses biens et les faire vendre, sans que, toutefois, ceux qui prennent l'initiative de cette expropriation, acquièrent par là un droit de préférence sur le produit de la vente. C'est en ce sens que les biens du débiteur servent de gage collectif ou, comme le dit l'art. 2093, de *gage commun* à ses créanciers. Or, parmi les biens du débiteur, figurent les droits et actions qui lui appartiennent; ces droits et actions sont donc compris dans le gage dont nous venons de parler. Mais ce n'est pas l'action elle-même que les créanciers saisiront et feront vendre pour se payer sur le prix, c'est le bien que son exercice fera entrer dans le patrimoine du débiteur. Il faut donc commencer par *réaliser* l'action, si l'on peut ainsi parler, c'est-à-dire par l'exercer, afin d'atteindre ensuite le bien qu'elle aura fait obtenir. Or il peut arriver que le débiteur néglige ou refuse d'agir. Cela se conçoit facilement de la part d'un débiteur dont le passif excède l'actif; souvent, affaissé et découragé, il s'abstiendra d'exercer des actions dont le profit doit être absorbé par ses créanciers. Voilà pourquoi la loi permet à ces derniers d'agir eux-mêmes; ils pourront exercer l'action du débiteur en son nom pour se faire payer sur le prix des biens qu'elle permettra de conquérir. Ainsi le débiteur est fondé à demander une indemnité à un tiers; ou encore il peut acquérir les biens dépendant d'une succession à laquelle il est appelé comme héritier légitime, en faisant annuler le testament par lequel le défunt l'a dépouillé; ou enfin, en invoquant une clause de *réméré,* il a le moyen de reprendre un immeuble qu'il a aliéné pour un prix de beaucoup inférieur à sa valeur. Dans ces divers cas, si le débiteur

néglige d'agir lui-même, ses créanciers pourront former la demande en son lieu et place.

C'est, disons-nous, l'action même du débiteur qui est exercée ici par les créanciers, et elle est exercée en son nom, de sorte que, sauf les restrictions résultant du principe de l'autorité de la chose jugée et dont nous parlerons plus loin, les conséquences de la poursuite seront les mêmes que si elle avait été intentée par le débiteur en personne.

De ce que l'art. 1166 autorise simplement les créanciers à agir au lieu et place du débiteur qui néglige d'agir lui-même, il résulte que l'exercice des droits du débiteur par les créanciers ne constitue pas une mainmise sur les droits exercés ni sur les objets de ces droits. Il diffère donc profondément des mesures d'exécution et même de la saisie-arrêt (1).

D'autre part, il serait inexact de n'y voir qu'un acte conservatoire; les créanciers qui exercent un droit en vertu de l'art. 1166 ont pour but non pas précisément de prévenir la perte de ce droit, mais de faire entrer son objet dans le patrimoine du débiteur (2).

En résumé, la disposition de l'art. 1166 n'est que la conséquence et le complément de celle de l'art. 2093. Cette idée très simple est de la plus haute importance. Elle domine tout le sujet.

Telle est l'action de l'art. 1166 : on l'appelle quelquefois *indirecte,* parce que les créanciers n'agissent pas directement en leur nom personnel, mais au nom de leur débiteur. Nous verrons qu'il en est autrement en ce qui concerne l'action paulienne (3).

(1) Un créancier peut-il, dans l'instance engagée par lui en vertu de l'art. 1166, faire ordonner, contre le débiteur en cause, les mesures devant lui permettre le recouvrement de sa créance? V. *infra*, n. 645-I.

(2) Laurent, XVI, n. 384. — V. aussi *infra*, n. 629.

(3) La plupart des codes civils étrangers renferment une disposition analogue à celle de notre art. 1166. V. notamment C. civ. italien, art. 1234; C. civ. trib. mixtes d'Egypte, art. 202; C. civ. esp., art. 1111; C. civ. japon., art. 423. — Cependant le C. fédéral des obligations est muet sur la question, et il faut en conclure, d'après M. Virgile Rossel, qu'il n'accorde pas aux créanciers l'action indirecte. Toutefois, quant aux droits et actions auxquels le C. féd. ne s'applique pas, il conviendrait de se conformer aux législations cantonales, et, par conséquent, dans les parties de la Suisse où le droit français est en vigueur, notre art. 1166 serait applicable à certaines matières. V. *Manuel du dr. fédér. des oblig.*, n. 143, p. 169.

II. *Des droits que les créanciers peuvent exercer en vertu de l'art. 1166.*

590. L'art. 1166 pose en principe que « les créanciers peuvent exercer *tous* les droits et actions de leur débiteur », mais il ajoute « à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». Il formule donc une règle, puis une exception. Si on prenait à la lettre les termes de sa disposition, il faudrait dire que, si l'exception n'avait pas été admise, les créanciers pourraient exercer sans distinction aucune tous les droits et actions de leur débiteur. Cette conception serait certainement inexacte. La règle de l'art. 1166, par sa nature même, est étrangère à des droits assez nombreux, de telle sorte qu'elle ne pourrait être appliquée à ces droits, alors même qu'elle ne comporterait pas d'exception. En un mot, la formule dont le législateur s'est servi dans l'art. 1166 est trop large. Rappelons-nous, en effet, le fondement de la règle que nous étudions. Elle n'est que le corollaire de la disposition de l'art. 2093. L'entier patrimoine du débiteur est affecté au paiement de ses dettes. Il constitue le gage commun de ses créanciers. C'est pour cela que ces derniers peuvent exercer les droits et actions du débiteur. Il faut donc, pour qu'ils soient admis à se prévaloir de la disposition de l'art. 1166, qu'il s'agisse de droits compris dans le patrimoine. Ainsi, posons en principe que seuls les droits ayant le caractère patrimonial peuvent être exercés par les créanciers. La règle que nous étudions est donc étrangère notamment à tous les droits relatifs soit à l'état des personnes, soit aux rapports de famille, alors même que l'exercice d'un droit de cette nature devrait avoir pour conséquence indirecte d'augmenter le patrimoine du débiteur ou d'en prévenir la diminution [1].

591. Mais comment déterminer quels sont, parmi les droits patrimoniaux, ceux qui demeurent sous l'empire de la règle et ceux qui tombent sous l'exception ? En se référant au fondement du droit dont on s'occupe. Le droit est-il fondé

[1] Cpr. Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 189, p. 261, et *Tr. de la cession*, I, n. 82, p. 126.

sur un intérêt purement moral? On devra le considérer comme exclusivement attaché à la personne. Quant au droit fondé sur un intérêt purement pécuniaire, l'exercice en appartiendra aux créanciers, à moins qu'il ne leur soit refusé par un texte. Enfin, quand il s'agit d'un droit mixte, c'est-à-dire d'un droit ayant son fondement dans un intérêt moral et dans un intérêt pécuniaire tout à la fois, il faut voir, en pareil cas, quel est celui des deux éléments qui domine : si c'est le fondement moral, le droit devra être considéré comme exclusivement attaché à la personne; la solution contraire devra être admise, si c'est le fondement pécuniaire.

Certains auteurs formulent une distinction analogue à celle que nous venons d'établir, mais ils se placent à un point de vue tout différent du nôtre. Ils envisagent les droits quant à leur *objet*, à leur *résultat*, et les distinguent ainsi en droits purement moraux, droits purement pécuniaires et droits moraux et pécuniaires tout à la fois. Mais, lorsqu'il s'agit d'apprécier la personnalité d'un droit, il nous paraît beaucoup plus rationnel de l'envisager d'après son fondement, d'après sa cause, que d'après son résultat.

592. Observons, d'ailleurs, que tout droit insaisissable est par cela seul exclusivement attaché à la personne, alors même qu'il n'est pas incessible. On sera donc dispensé de rechercher quel est son fondement. Un droit de cette nature échappe nécessairement à l'action des créanciers, parce qu'il échappe à leur droit de gage.

En résumé, sont hors du domaine de l'art. 1166, les droits relatifs à l'état des personnes et aux rapports de famille, et, plus généralement, tous les droits étrangers au patrimoine.

Sont soumis à l'exception les droits incessibles et insaisissables ou même les droits qui présentent simplement ce dernier caractère.

En ce qui concerne les autres droits, il faut faire la distinction suivante :

Sont gouvernés par la règle tous les droits dont le fondement est purement pécuniaire, ou, au moins, plutôt pécuniaire que moral.

Tombent sous l'exception tous les droits dont le fondement

est purement moral, ou au moins, plutôt moral que pécuniaire.

Reprenons chacune de ces propositions pour en faire l'application aux divers droits.

A. *Des droits non compris dans le domaine de l'art. 1166.*

593. 1° La disposition de l'art. 1166 est étrangère, disons-nous, aux droits relatifs à l'état des personnes.

a) Les créanciers ne sauraient donc exercer au nom de leur débiteur une action en désaveu de paternité, du moins tant qu'elle appartient au mari. On n'a pas à tenir compte de ce fait que, si l'action est accueillie, le mari n'aura pas à fournir des aliments au défendeur et qu'il évitera ainsi une charge pour son patrimoine.

Mais, lorsque l'action en désaveu passe aux héritiers du mari, elle a un fondement différent et devient pécuniaire. (Arg. de ces mots de l'art. 317 : « à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession »). L'action peut alors, en conséquence, être exercée au nom de ces héritiers par leurs créanciers. Remarquons, au surplus, que si l'on adoptait la solution inverse, il n'y aurait logiquement aucune raison pour ne pas refuser aussi aux créanciers des héritiers du mari le droit d'écarter de la succession l'enfant né plus de dix mois après le décès de ce dernier, bien que son illégitimité serait alors manifeste.

Ces propositions sont admises par tout le monde [1].

b) Il n'est pas douteux que les créanciers ne peuvent pas intenter au nom de leur débiteur l'action en réclamation d'état lorsqu'elle ne présente pas pour eux un intérêt actuel.

[1] V. Marcadé, IV, n. 491; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 127, texte et note 45, 5e éd., p. 210-211, texte et note 45; Larombière, II, p. 173 (art. 1166, n. 5); Demolombe, V, n. 137; Laurent, III, n. 437 *in fine*, p. 553; Vigié, I, n. 550 *in fine*, p. 317; Thiry, I, n. 413 *in fine*, p. 392; Huc, VII, n. 200, p. 272; Planiol, *Tr. élémen. de dr. civ.*, II, 1re éd., n. 303, 2e et 3e éd., n. 285. — Cpr. Duranton, III, n. 160, et X, n. 563; Kœnigswarter, *Rev. étr.*, 1841, VIII, p. 689. — *Contra* Merlin, *Quest.*, vo *Hypothèques*, § 4, n. 4, et *Répert.*, vo *Légitimité*, sect. IV, § 1, n. 1 *in fine*; Toullier, VI, n. 382.

Dans ce cas l'action est exclusivement morale. Nous croyons même que, d'une façon générale, ils ne peuvent jamais exercer cette action du vivant de l'enfant, aurait-elle pour eux un intérêt pécuniaire, ce qui arriverait au cas d'ouverture d'une succession à laquelle le débiteur se trouverait appelé en supposant son état reconnu. Pendant la vie de l'enfant, c'est toujours le caractère moral qui domine dans l'action en réclamation d'état (1).

Toutefois, selon nous, la réclamation d'état devient admissible de la part des créanciers, si elle n'est formulée qu'indirectement et à l'appui d'une action déjà intentée et présentant un intérêt pécuniaire, notamment à l'appui d'une action en pétition d'hérédité ou en partage. Encore faut-il comme l'exige Demolombe, que la reconnaissance de l'état ne fasse pas l'objet de conclusions positives, en d'autres termes, qu'elle ne doive pas être visée dans le dispositif du jugement. Quand ces conditions sont réunies, la réclamation d'état n'est qu'un moyen présenté à l'appui de la demande (2).

Mais, lorsque l'action en réclamation d'état appartient aux héritiers, les créanciers ont toujours le droit de l'exercer, car, dans cette hypothèse, elle est fondée avant tout sur un intérêt pécuniaire, ou plutôt, en réalité, l'action que les créanciers intentent, c'est la pétition d'hérédité (3).

c) De même ne peuvent pas être formées par les créanciers les demandes en annulation de mariage en raison d'une nullité relative. Arg. art. 180 et 182 (4).

Quant aux nullités absolues, il appartient à tous ceux qui ont un intérêt né et actuel de les faire prononcer. Arg. art.

(1) Demolombe, V, n. 282-283; Vigié, I, n. 567, p. 326; Thiry, II, n. 641, p. 629 *in fine;* Planiol, *loc. cit.* — V. cep. Laurent, III, n. 470, p. 591.

(2) *Sic* Marcadé, IV, n. 494; Delvincourt, II, p. 523; Valette sur Proudhon, II, p. 122, note *a;* Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-VIII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 125, note 30, 5e édit., p. 206, note 30; Larombière, II, p. 172 (art. 1166, n. 4); Demolombe, V, n. 284; Laurent, III, n. 470, p. 591.

(3) Demolombe, V, n. 301; Laurent, III, n. 470; Vigié, I, n. 569, p. 328. — Cpr. Thiry, *loc. cit.* — V. cep. Duranton, III, n. 100.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 125, texte et note 31, 5e édit., p. 206 *in fine*-207, texte et note 31, V, 4e édit., p. 69 et 75, note 15 et 45; Demolombe, XXV, n. 67, et III, n. 257; Laurent, XVI, n. 415, p. 475, et II, n. 443, p. 568; Vigié, I, n. 405 et 409; Thiry, I, n. 288, 292 et 294, p. 254, 257 et 258; Planiol, *loc. cit.*

184, 187 et 191. Les créanciers sont donc admis à proposer ces nullités en leur nom personnel, à la condition, bien entendu, qu'ils y aient un intérêt acquis. Tel serait le cas, si l'action avait pour but de prévenir l'annulation de l'obligation contractée par la femme envers eux sans autorisation de son mari ni de justice (1). Les créanciers agissent alors directement. On n'a donc pas, en ce qui concerne les nullités absolues, à faire intervenir la théorie de l'art. 1166.

d) Avons-nous besoin d'ajouter que le droit de demander la séparation de corps ou le divorce est hors du domaine de la disposition de notre texte? L'action, suivant qu'il s'agit de la séparation de corps ou du divorce, tend à la rupture ou au relâchement du lien conjugal. Dans les deux cas, elle a pour but de faire modifier l'état civil des époux. Viendrait-il à l'esprit de quelqu'un de considérer cet état civil comme un élément du gage commun des créanciers?

594. 2° La règle de l'art. 1166 est également étrangère à tous les droits relatifs aux rapports de famille.

a) C'est un point qui ne saurait faire le moindre doute en ce qui concerne les droits que la loi accorde au père et à la mère sur la personne de leurs enfants, droit de correction (art. 375 s.), droit de consentir au mariage (art. 148 s.) ou à l'adoption (art. 346), droit d'émancipation (art. 477) (2). De pareils droits sont évidemment conférés au père et à la mère beaucoup plus dans l'intérêt des enfants et dans celui de la société que dans leur intérêt propre (3).

b) La solution est la même quant à l'administration légale dont parle l'art. 389. En réalité, cet article n'accorde pas un

(1) Proudhon, *Usufruit*, V, n. 2345; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 125, note 31, 5e édit., p. 207, note 31; Demolombe, III, n. 305; Laurent, XVI, n. 415, p. 475 et II, n. 494, p. 623; Arntz, I, n. 354; Vigié, I, n. 395, p. 209; Thiry, I, n. 298, p. 264; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n. 1808; Metz, 7 fév. 1854, S., 54. 2. 659, D. P., 54. 2. 217. — V. cep. Req., 12 nov. 1839, S., 39. 1. 826, D. P., 40. 1. 16.

(2) La cour de Pau a jugé que le droit de demander la nullité de l'émancipation ne pouvait être exercé par les créanciers. 13 mars 1888, D. P., 88. 2. 283. Du moment que le droit d'émanciper n'est pas compris dans le domaine de l'art. 1166, il doit en être de même du droit de faire prononcer la nullité de l'émancipation.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 124, texte et note 25, 5e édit., p. 205, texte et note 25; Demolombe, XXV, n. 65; Laurent, XIV, n. 413.

droit au père ; il lui impose le devoir d'administrer les biens de ces enfants, et l'accomplissement de ce devoir ne présente pour lui et ne pourrait présenter pour ses créanciers aucun intérêt pécuniaire (1).

595. 3° Il va de soi que le droit de remplir un mandat n'est pas compris dans le domaine de l'art. **1166**. Il ne fait partie ni du patrimoine du débiteur, ni, par conséquent, du gage commun des créanciers. Comment l'exercice de ce droit par ces derniers pourrait-il constituer le préliminaire d'une saisie ? D'ailleurs, le mandat, reposant sur la confiance, est essentiellement personnel. On peut dire qu'au point de vue philosophique, il suppose nécessairement l'acte du mandataire ; il est donc, en réalité, impossible qu'il soit rempli par une autre personne.

Au surplus, le mandat, en ce qui regarde le mandataire, engendre bien plutôt une obligation qu'un droit (2).

Ce que nous venons de dire est vrai, soit d'un mandat légal, tel que la tutelle, soit d'un mandat conventionnel, tel que l'administration conférée au mari sur les biens de la femme par les conventions matrimoniales (3).

Cependant il en est autrement lorsque le mandat a été conféré dans l'intérêt du mandataire ; par exemple, lorsqu'il a été donné à un créancier comme garantie de sa créance. Dans ce cas, le mandat est dépourvu du caractère de personnalité qu'il présente en général. Il est attaché, non pas à la personne, mais à la créance même, et figure comme celle-ci dans le patrimoine du mandataire. Les créanciers de ce dernier sont donc admis à le remplir (4).

596. Nous en dirons autant du dépôt. Tout comme le mandat, il s'explique par une confiance absolument personnelle, et, par suite, les créanciers ne sauraient prétendre

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 124, note 27, 5e édit., p. 206, note 27 ; Laurent, XVI, n. 417.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat*, etc., n. 564.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 124, texte et note 27, 5e édit., p. 206, texte et note 27 ; Larombière, II, p. 174 (art. 1166, n. 6) ; Demolombe, XXV, n. 60 ; Arntz, III, n. 82, p. 44.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 125, texte et note 29, 5e édit., p. 206, texte et note 29 ; Demolombe, XXV, n. 61. — Bordeaux, 23 août 1831, D. P., 32. 2. 29.

qu'ils ont le droit de recevoir la chose, objet du contrat, à la place de leur débiteur. D'autant plus que cette chose n'est pas au nombre des biens de ce dernier (1).

597. Les actions qui appartiennent à l'héritier bénéficiaire en cette qualité échappent-elles à l'application de la règle posée dans l'art. 1166? La négative nous paraît préférable. Il est vrai que les créanciers d'un mandataire ne sont pas admis à exercer le mandat à sa place, et cela parce qu'ils n'auraient aucun intérêt à l'exercer. Mais il ne faut pas oublier que, si l'héritier bénéficiaire est le mandataire légal des créanciers de la succession, il n'en est pas moins propriétaire des biens héréditaires. Ses créanciers personnels ont un intérêt manifeste à se prévaloir de l'art. 1166 puisqu'ils pourront se faire payer sur ce qui restera de l'actif de la succession après que les créanciers de celle-ci auront été désintéressés (2).

598. 4° D'après Laurent et Huc, les facultés ne seraient pas comprises dans le domaine de l'art. 1166. Elles ne constitueraient pas des droits dans le sens de ce texte, qui serait exclusivement relatif aux droits que le débiteur a contre un tiers, aux droits pourvus d'actions. On n'aurait donc pas à se demander si elles peuvent être exercées par les créanciers au nom de leur débiteur (3).

Et Laurent et Huc en concluent que l'art. 1166 ne vise ni le droit d'acheter ou de vendre, ni celui de bâtir ou de défricher, ni celui d'agréer une offre de vente ou de donation, ni celui d'accepter une succession, une communauté ou un legs, ni le droit d'option conféré à la femme par l'art. 1408.

Demandons-nous ce qu'il y a de vrai dans cette théorie.

599. Il est un point sur lequel tous les auteurs sont d'accord. La disposition de l'art. 1166 ne concerne pas la faculté

(1) Demolombe, XXV, n. 62.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 127, texte et note 43, 5e édit., texte et note 43; Demolombe, XV, n. 180 et 180 *bis;* Albert Desjardins, *Revue pratique*, 1867, XXIV, p. 197 s.; Poujol, sur l'art. 803, n. 7. — Limoges, 15 avril 1831, S., 31. 2. 174, D., *Rép. alph.*, v° *Success.*, n. 869. — Douai, 20 juin 1842, S., 43. 2. 56, D. P., 43. 2. 81. — *Contra* Fouet de Conflans, sur l'art 803, n. 2; Bilhard, n. 87 et 135; Laurent, X, n. 117. — Paris, 18 mars 1850, S., 52. 2. 28, D. P., 51. 2. 226.

(3) Laurent, XVI, n. 424-428, p. 483-493; Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 194-195, p. 267-269, et *Tr. de la cession*, n. 90-93, p. 134-139.

qui appartient au débiteur d'administrer son patrimoine comme il lui convient, de donner à bail ou non ses immeubles, de bâtir ou non sur ses terrains, de cultiver ses terres ou de les laisser en friche. Cette faculté ne peut pas être considérée comme un élément du patrimoine. Il est évident qu'elle ne constitue pas un droit dans le sens de l'art. 1166. Alors même que le débiteur est insolvable, les créanciers n'ont pas qualité pour s'immiscer dans l'administration de ses biens, car ils n'en auraient le pouvoir que si une disposition spéciale de la loi le leur avait accordé; or une pareille disposition n'existe pas (1).

Il s'ensuit notamment que les créanciers ne pourraient pas, afin d'arrêter une dépense du débiteur, donner, en son nom, congé pour un bail (2).

600. Quant aux autres facultés, nous croyons, à la différence de Laurent et Huc, qu'on ne doit pas formuler de proposition absolue. Parmi ces facultés il en est auxquelles ne correspondent pas des droits proprement dits. Celles-là ne peuvent être considérées comme visées pas la disposition de l'art. 1166, et, en ce qui les regarde, nous acceptons la solution donnée par Laurent et Huc. Tel est le cas pour la faculté d'accepter ou non une offre de vente (3) ou de donation (4). Cette faculté naît d'une simple pollicitation; or une pollicitation ne saurait par elle-même, c'est-à-dire avant d'être agréée, engendrer un droit. Il ne peut donc être question, pour les créanciers, d'accepter ou de refuser une vente ou une donation.

601. Mais on doit se prononcer en sens contraire quant au droit d'accepter ou de répudier une hérédité. L'ouverture

(1) Larombière, II, p. 189; (art. 1166, n. 17); Laurent, XVI, n. 424, p. 483; Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 190; Vigié, II, n. 1225 *in fine*, p. 552; Planiol, II, 1re édit., n. 299, 2e et 3e édit., n. 282. — V. cependant Caen, 29 avril 1841, S., 41. 2. 492.

(2) Cpr. Paris, 13 déc. 1900, S., 1904. 2. 78. — V. sur cet arrêt, Demogue, *Rev. trim. de dr. civ.*, 3e année, 1904, p. 424 (20).

(3) Demolombe, XXV, n. 58; Larombière, II, p. 189 (art. 1166, n. 18); Laurent, XVI, n. 425; Huc, VII, n. 194, p. 267; Vigié, II, n. 1225.

(4) Larombière, Demolombe, Laurent et Vigié, *loc. cit.*; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 126, 5e édit., p. 208 *in fine*.

même de la succession donne naissance au droit héréditaire; ce droit comporte une faculté d'option, mais il n'en est pas moins un droit. Laurent objecte que si l'héritier renonce, il sera censé n'avoir jamais eu aucun droit à la succession, et que les créanciers ne peuvent pas exercer un droit dont l'existence même dépend de la volonté du débiteur (1). Tout ce qui résulte de cette objection, c'est que l'héritier peut, en exerçant l'option dans le sens de la renonciation, devenir étranger à la succession; mais le droit héréditaire n'en existe pas moins antérieurement à toute manifestation de volonté par l'héritier, et rien ne s'oppose à ce qu'il soit exercé par les créanciers, puisque, par hypothèse, le débiteur reste dans l'inaction et que ce droit est fondé sur un intérêt pécuniaire (2).

Il n'est pas juridique, d'après nous, d'assimiler la situation de la personne au profit de laquelle une succession s'est ouverte à celle de la personne à qui est adressée une offre de vente ou de donation. Dans le premier cas, il y a droit proprement dit; dans le second cas, simple faculté. On conçoit très bien que la faculté de consolider un droit ou de l'anéantir puisse être exercée par les créanciers, et qu'il en soit autrement de la faculté d'acquérir un droit ou de ne pas l'acquérir. L'exercice de la première de ces facultés est nécessaire pour sauvegarder le patrimoine du débiteur. On ne peut pas en dire autant de l'exercice de la seconde.

602. Laurent et Huc estiment, nous venons de le voir, que les créanciers ne peuvent pas accepter une succession ou y renoncer du chef de leur débiteur. Cependant, d'après eux, lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse prévue par l'art. 790, c'est-à-dire lorsque la succession à laquelle le débiteur a renoncé n'a pas été acceptée encore par d'autres héritiers et que, par suite, le débiteur peut revenir sur sa renonciation, ses créanciers sont admis à exercer cette faculté à sa place :

(1) Laurent, XVI, n. 427, p. 487. — *Adde* Huc, *Comment, du C. civ.*, VII, n. 195, p. 268, et *Tr. de la cession*, n. 93, p. 138.

(2) Demolombe, XIV, n. 557, et XV, n. 53 et 76; Vigié, II, n. 213, p. 109; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, 1re édit., I, n. 1490-1491, p. 670, 2e édit., II, n. 1078.

« Les créanciers de l'héritier, dit Laurent, ont le même droit au nom de leur débiteur, en vertu du principe général de l'art. 1166 » (1). Quant à Huc, non seulement il formule la même proposition, mais il indique qu'elle va de soi. Voici, en effet, comment il s'exprime : « Les créanciers de l'héritier renonçant ont *naturellement*, en vertu de l'art. 1166, le même droit que leur débiteur » (2). Cette concession n'est-elle pas faite pour inspirer des doutes sur la valeur du système ? S'il est naturel que les créanciers puissent, dans le cas de l'art. 790, accepter la succession du chef de leur débiteur, pourquoi ne serait-il pas naturel qu'ils fussent admis à accepter ou à répudier la succession en vertu de l'art. 1166 avant que le débiteur se fût prononcé?

Dans l'hypothèse sur laquelle statue l'art. 790, l'héritier peut revenir sur son option pour l'exercer dans un autre sens. Comme avant la renonciation, il s'agit pour lui d'une faculté. Le législateur s'est servi avec raison de cette dernière expression : « Ils (les héritiers qui ont renoncé) ont la *faculté* d'accepter encore la succession ». Et, pour Huc, l'objet de l'art. 790, c'est la *faculté*... laissée au renonçant de *revenir sur sa première détermination* ». Comment donc se fait-il que Laurent et Huc permettent ici aux créanciers de se prévaloir de l'art. 1166, alors qu'ils leur refusent en règle générale le droit d'accepter ou de répudier une succession au nom de leur débiteur? La solution qu'ils donnent sur l'art. 790 nous paraît excellente (3); mais, à nos yeux, elle ruine leur principe.

603. La faculté d'accepter ou de répudier un legs, la faculté pour le tiers bénéficiaire de profiter ou non de la stipulation faite à son profit dans l'un des cas prévus par l'art. 1121 et les droits d'option qui sont conférés à la femme par les art. 1408 et 1453 doivent, pour la même raison, être compris dans le domaine de l'art. 1166 (4). Mais nous aurons à nous

(1) Laurent, IX, n. 477, p. 547.

(2) Huc, *Comment. C. civ.*, V, n. 192, p. 235. — V. aussi V, n. 185, p. 229.

(3) V. dans notre sens, Duranton, VI, n. 519 et 520; Demante, III, n. 108 *bis*-I et II; Demolombe, XV, note 76; Le Sellyer, II, n. 755; Vigié, II, n. 243.

(4) V. en sens contraire, pour le droit d'accepter ou de refuser un legs, Lau-

demander pour chacun de ces droits s'il est gouverné par la règle ou s'il tombe sous l'exception [1].

603 I. Que décider relativement à la faculté qui appartient au débiteur de retirer la chose par lui consignée après des offres réelles? Nous nous réservons d'étudier cette question quand nous traiterons des effets de la consignation [2].

B. *Droits incessibles et insaisissables.*

604. Les droits insaisissables et, à plus forte raison, les droits incessibles — avons-nous dit en second lieu — sont par cela même exclusivement attachés à la personne.

Echappent donc à l'application de la règle posée dans l'art. **1166** :

a) Le droit aux aliments consacré par un texte de loi (art. **203**, **205**, **211**). En principe, ce droit ne peut être l'objet ni d'une saisie (art. **581-2°** C. pr. civ.), ni d'une compensation (art. **1293-3°**). L'expression *provisions alimentaires* dont se sert l'art. 581 C. pr. civ.) est assez compréhensive pour s'appliquer aux aliments adjugés en vertu d'une disposition légale, et comme, une fois cette solution admise, il est vrai de dire que les aliments dont nous parlons sont *déclarés* insaisissables par la loi, ils se trouvent satisfaire à la condition exigée par l'art. **1293** C. civ. pour qu'ils ne puissent pas être compensés [3]. La plupart des auteurs enseignent même que le droit aux aliments accordés par la loi à raison de la parenté ou de l'alliance est incessible. C'est aussi notre avis. Ces aliments, aux termes de l'art. **209**, varient avec les besoins de celui à qui ils sont dus et avec les ressources de celui qui les doit. Cette particularité exclut la possibilité d'une cession [4].

b) Les créances d'aliments résultant de donations ou de

rent, XVI, n. 426, p. 484, et Huc, VII, n. 195, p. 268; — pour le droit d'option accordé par l'art. 1408, Laurent, XVI, n. 428, p. 489 *in fine*, et Huc, IX, n. 121, p. 133, et VII, n. 195, p. 268; — pour le droit d'option conféré par l'art. 1453, Laurent, XXII, n. 367-368, p. 384, et Huc, XI, n. 289, p. 342 et VII, n. 195, p. 268.

(1) V. *infra*, n. 609, 610, 622 et 623.

(2) V. notre tome III, n. 1631.

(3) Demolombe, XXV, n. 74 et IV, n. 78.

(4) Laurent, XXIV, n. 469, p. 460. — Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

legs : Ces créances ne sont pas incessibles, car, d'une part, aucune disposition légale ne leur attribue ce caractère, et, d'autre part, elles sont fixes et invariables ; mais elles sont insaisissables, « encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables » Art. 581-4° C. pr. civ. Ce dernier caractère suffit pour qu'elles ne soient pas soumises à la règle de l'art. 1166.

c) Les droits d'usage et d'habitation : Aux termes des dispositions expresses de la loi, ils sont incessibles. Art. 631 et 634. A plus forte raison sont-ils insaisissables.

605. *d*) Le droit de la veuve à une certaine somme pour son deuil. Il est important ici de se rappeler qu'on s'accorde à comprendre le deuil des domestiques dans celui de la veuve (1).

Le droit au deuil est certainement insaisissable. Les créanciers de la veuve ne sauraient faire pratiquer une saisie-arrêt entre les mains des héritiers du mari, car la somme qui représente les frais de deuil est accordée à la veuve pour honorer la mémoire de son époux (2).

On doit, d'ailleurs, se prononcer ainsi lors même qu'on estimerait que la créance de la femme peut être cédée. Un droit n'est pas nécessairement saisissable parce qu'il est cessible (3).

Cependant il convient de faire une exception au profit de celui qui aurait fourni à la femme ses vêtements de deuil à crédit. Il pourrait agir au nom de celle-ci contre les héritiers du mari. C'est qu'en effet, l'exercice par lui de l'action indirecte ne s'opposerait pas à ce que la femme portât le deuil, et, par conséquent, le but du législateur ne serait pas manqué (4).

(1) V. les autorités dans le *Code civ. ann.* de Fuzier-Herman, art. 1481, n. 3, et art. 1570, n. 8. — *Adde* Huc, IX, n. 333; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, II, n. 1002. — Pau, 28 mai 1837, S., 38. 2. 291, D. P., 38. 2. 41.

(2) Guillouard, *Contr. de mar.*, IV, n. 2164. — Toulouse, 20 juill. 1822, S. chr., VII, 2. 102, D., *Répert. alph.*, v° *Contrat de mar.*, n. 4222. — D'après cette décision, la créance de la femme pour frais de deuil serait même incessible.

(3) Demolombe, XXV, n. 73. — Civ. rej., 31 mai 1826, S. chr., VIII. 1. 350.

(4) Huc, VII, n. 212, p. 286.

606. *e*) Le droit de jouissance légale accordé au père ou au survivant des époux par l'art. 384 C. civ. est-il aliénable et saisissable? La question est controversée. Mais, selon nous, des arguments décisifs militent en faveur de la négative. Aux yeux du législateur la jouissance légale du père ou du survivant des époux est destinée à compenser les charges que l'entretien et l'éducation des enfants imposent aux parents et à permettre à ces derniers de supporter plus facilement ces charges. Il s'ensuit qu'à la différence de l'usufruit proprement dit, cette jouissance légale n'est pas un démembrement du droit de propriété, mais bien une créance attachée à la puissance paternelle. Donc, pas plus que celle-ci, elle ne peut être aliénée ni saisie (1). La conclusion forcée de ces solutions, c'est que le droit dont nous parlons ne peut pas être exercé par les créanciers du père ou du survivant des époux (2).

607. *f*) Le droit du titulaire d'un office ministériel de présenter un successeur à l'agrément de l'autorité publique (L. 28 avril 1816, art. 91). Il n'importe que l'usage se soit établi de permettre aux héritiers du titulaire de présenter son successeur. La transmissibilité d'un droit n'exclut ni son insaisissabilité ni même son incessibilité. Or une raison décisive s'oppose à ce que le droit de présentation puisse être saisi : Les créanciers du titulaire ou de ses héritiers ne verraient dans l'exercice de ce droit que l'intérêt pécuniaire, alors qu'un intérêt moral de premier ordre s'y trouve engagé. Il n'est pas suffisant que le successeur offre des garanties de solvabilité. Il faut aussi qu'il réunisse des conditions d'aptitude, de probité et d'honorabilité. Il est donc inadmissible

(1) *Sic* Duranton, IV, n. 486; Valette sur Proudhon, II, p. 266-267 à la note; Demante, II, n. 120 *bis;* Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 84, texte et note 5; Demolombe, VI, n. 527; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Des personnes*, IV, n. 156; Vigié, I, n. 691, p. 391 *in fine;* Thiry, I, n. 593, p. 490; Planiol, I, 1re édit., n. 2449-2450, 2e édit., n. 2177-2178, 3e édit., n. 1698-1699. — Bordeaux, 19 juin 1849, S., 49. 2. 681. — Bordeaux, 21 fév. 1893, D. P., 93. 2. 361. — *Contra* Proudhon, *Usufr.*, I, n. 125 et 221; Duvergier, *Vente*, I, n. 213; Genty, *Usufr.*, n. 331; Chardon, *Puissance patern.*, II, n. 107; Magnin, *Minorités*, I, n. 521; Laurent, IV, n. 328, p. 431 *in fine*.

(2) Cpr. Huc, VII, n. 189, p. 262 *in fine*. — *Contra* Laurent, XVI, n. 417, p. 476.

qu'un pareil droit soit saisissable. C'est ce que décide la cour de cassation : « Attendu que pour les héritiers ou ayants cause, comme pour les titulaires eux-mêmes, cette faculté a un caractère essentiellement personnel ; qu'il répugne à sa nature de pouvoir se détacher de l'office même dont elle est une dépendance pour être déléguée ou transmise à des tiers ; qu'elle ne constitue donc pas un droit cessible que l'action des créanciers puisse atteindre au moyen d'une saisie, d'une délégation, d'une subrogation ou par toute autre voie et qu'il leur soit permis d'exercer aux lieu et place de leur débiteur ou de céder à d'autres » (1). On voit que la cour suprême va jusqu'à dire que le droit de présentation n'est pas cessible (2). Nous croyons qu'elle a raison. Il importe à la société que ce droit ne puisse être exercé que par les personnes en qui la loi a placé sa confiance. Mais, quelle que soit la solution qu'on adopte sur ce point particulier, on ne doit pas appliquer ici la règle de l'art. 1166.

(1) Civ. cass., 23 mai 1854, S., 54. 1. 316, D. P., 54. 1. 170. — V. dans le Rec. de Sirey les conclusions de M. le procureur général Royer et, dans le Rec. de Dalloz, le rapport de M. le conseiller Laborie. Ce dernier fait remarquer très judicieusement que, même sous le régime de la vénalité des offices, on ne contestait pas le caractère de personnalité du droit de présentation. Il est vrai que les offices vénaux de judicature et de finance, qui étaient alors réputés immeubles, pouvaient, comme les autres immeubles, être saisis réellement et vendus par décret, avec cette particularité, toutefois, qu'on devait, quant à eux, suivre une procédure spéciale pour la saisie réelle. Mais « il fallait toujours que la *résignation* vînt ou du titulaire ou de ses héritiers personnellement, même au cas de saisie ou de vente forcée. Dans ce cas, en effet, la poursuite des créanciers eût été sans résultat si l'obstacle que leur action rencontrait dans le caractère de personnalité empreint sur ce droit, n'était écarté par une procuration *ad resignandum* émanée du propriétaire de l'office, ou par une sentence de justice qui en tenait lieu », D. P., 54. 1. 174, col. 1. — *Sic* Demolombe, XXV, n. 76 ; Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 213, p. 286, *in fine* et *Tr. de la cession*, I, n. 122, p. 164 ; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 209. — Cons. d'Et., 30 juin 1876, S., 77. 2. 61, D. P., 76. 3. 97. — *Contra* Dard, *Des offices*, p. 214 ; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Office*, n. 100 ; Bataillard, *Propr. des offices*, p. 306. — Colmar, 29 mai 1835, S., 35. 2. 387, D. P., 35. 2. 135. — Paris, 17 nov. 1838, S., 38. 2. 465, D. P., 39. 2. 32. — Paris, 23 août 1852 (arrêt cassé par la décision du 23 mai 1854, précitée), S., 52. 2. 632, D. P., 53. 2. 19. — Cpr. Perriquet, *Tr. des offices ministériels*, n. 556 à 560.

(2) *Contra* Huc, *loc. cit.*

C. *Droits fondés sur un intérêt exclusivement pécuniaire.*

608. Quant aux droits exclusivement fondés sur un intérêt pécuniaire, il est incontestable qu'en règle générale (1), l'exercice en appartiendra aux créanciers. Ces droits sont fort nombreux. En voici quelques-uns : le droit de demander la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (2); l'action en réméré (3); l'action fondée sur un vice caché de la chose vendue, par application des art. 1645 s. (4); les actions en dommages-intérêts fondées sur un délit contre le patrimoine (5); les actions en indemnité à raison d'une assurance contre l'incendie (6).

Citons aussi l'action en pétition d'hérédité, quand elle n'est pas compliquée de questions d'état. D'ailleurs, la circonstance que cette action nécessite l'examen d'une question d'état, ne

(1) La disposition de l'art. 1166 qui autorise les créanciers à « exercer *tous* les droits et actions du débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne » est conçue en termes généraux et doit être interprétée dans le sens le plus large. C'est ainsi « qu'il n'y a nulle distinction à faire où la loi n'a pas distingué, entre les voies d'exécution, qui seraient réservées au créancier originaire, et les autres actes et moyens de droit ordinaires, qui seraient seuls mis à la disposition de ses ayants cause ». Trib. civ. Seine, 25 avril 1899, *Gaz Pal.*, 99. 2. 444.

(2) *Sic* Duranton, VIII, n. 540; Demante, IV, n. 96 *bis*-III; Marcadé, III, n. 700; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 128, 5e éd., p. 211, VII, 4e éd., p. 412; Larombière, II, p. 191 (art. 1166, n. 20); Demolombe, XX, n. 595; Laurent, XII, n. 498; Thiry, II, n. 378, p. 369; Baudry-Lacantinerie et Colin, I, n. 1570, p. 612. — Civ. rej., 23 mai 1855, S., 55. 1. 417, D. P., 55. 1. 198. — Cpr. Grenoble, 28 juill. 1862, D., 62. 2. 205. — *Contra* Coin-Delisle, sur l'art. 954, n. 11.

(3) Troplong, *Vente*, II, n. 503; Colmet de Santerre, VII, n. 112 *bis*; Larombière, II, p. 192 (art. 1166, n. 20); Demolombe, XXV, n. 54; Laurent, XVI, n. 383; Guillouard, *De la vente*, II, n. 658; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 628; Planiol, II, 1re éd., n. 1634, 2e et 3e éd., n. 1576. — Grenoble, 9 janv. 1858, S., 59. 2. 172. — Poitiers, 14 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 103, D. P., 1902. 2. 169.

(4) Trib. civ. Seine, 4 juil. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 284.

(5) Les créanciers peuvent donc, en vertu de l'art. 1166, porter plainte au lieu et place du débiteur et se constituer parties civiles à raison des faits délictueux commis à l'égard des biens de ce dernier. Mangin, *Tr. act. publ.*, I, n. 125 et 126; Morin, *Répert. dr. crim.*, v° *Act. civ.*, n. 4; Trébutien, *Dr. crim.*, II, p. 31. — Bastia, 15 mars 1866, S., 66. 2. 176, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 307. — *Adde* Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 128, 5e éd., p. 211; Larombière, II, p. 192 (art. 1166, n. 20); Laurent, XVI, n. 419; Huc, VII, n. 202, p. 274. — Quant aux actions en dommages-intérêts fondées sur un délit contre la personne, il faut, croyons-nous, faire une distinction. — V. *infra*, n. 625.

(6) Besançon, 18 mars 1887, D. P., 88. 2. 92.

fait pas toujours obstacle à ce qu'elle puisse être exercée par les créanciers (1).

Il n'est pas douteux, non plus, que les créanciers d'un héritier peuvent demander le rapport à succession, car le droit au rapport est fondé sur un intérêt purement pécuniaire (2).

Nous en dirons autant du droit d'exiger la réduction des libéralités qui entament la réserve (3).

Il a été très bien décidé que, dans le cas de ventes successives, le vendeur primitif est admis, en qualité de créancier du premier acquéreur, à réclamer au nom de celui-ci, le prix dû par le sous-acquéreur (4). Il a été aussi jugé qu'une femme mariée peut, comme créancière de ses reprises, demander la nullité de la vente que son mari a consentie d'un immeuble sur lequel l'hypothèque de cette femme était inscrite (5).

Ajoutons quelques autres applications que la jurisprudence a faites de notre principe. Les créanciers peuvent demander, en vertu de l'art. 1166, sans qu'on puisse leur opposer la division établie par l'art. 1220, le partage des créances d'une succession dans laquelle leur débiteur est intéressé (6); exercer, au nom d'une femme mariée, leur débitrice, la poursuite des droits et reprises à la charge du mari (7); surenchérir,

(1) V. *supra*, n. 593.

(2) Toullier, IV, n. 466; Duranton, VII, n. 267; Demolombe, XVI, n. 282; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 127, 5e édit., p. 209 *in fine*, 210, et VI, 4e édit., p. 619, texte et notes 16 et 19; Laurent, X, n. 580; Thiry, II, n. 208; Vigié, II, n. 366, p. 188; Huc, V, n. 374, p. 456; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, *Des successions*, 1re édit., n. 3544, p. 25, 2e édit., n. 2733. — Nîmes, 6 mai 1861, S., 61. 2. 263. — *Contra* Toulouse, 16 janv. 1835, S., 35. 2. 327, D., *Répert. alph.*, vo *Success.*, n. 1084. — Pothier a défendu contre Lebrun la première de ces opinions. — V. Pothier, *Success.*, ch. IV, sect. II, § VI et *Introd. au titre 17 de la cout. d'Orléans*, n. 89; Lebrun, *Success.*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 68.

(3) Troplong, II, n. 930; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 127, 5e édit., p. 210; Demolombe, XIX, n. 210; Laurent, XII, n. 139; Vigié, II, n. 630, p. 319; Thiry, II, n. 346, p. 336; Huc, VI, n. 163, p. 213.

(4) Civ. cass., 18 août 1875, S., 77. 1. 413, D. P., 76. 1. 31.

(5) Trib. Lyon, 5 août 1885, *Monit. Lyon*, 25 nov. 1885.

(6) Civ. cass., 30 mai 1877, S., 78. 1. 102, D. P., 78. 1. 109.

(7) Bruxelles, 23 mars 1860, *Pasicr.*, 62. 43. — Trib. civ. Bruxelles, 14 janv. 1860, *Belg. jud.*, XVIII, p. 538.

du chef de leur débiteur, un immeuble sur lequel celui-ci a hypothèque [1]; réclamer, au nom de leur débiteur, en matière de saisie immobilière, l'expropriation simultanée des divers immeubles faisant partie d'une seule et même exploitation [2]; produire dans un ordre au nom de leur débiteur [3]; exercer les droits de leur débiteur dans une faillite, notamment demander que celui-ci soit admis au passif hypothécaire de la faillite [4].

Les créanciers d'un mineur peuvent, au nom de celui-ci, demander à son tuteur la reddition du compte de tutelle [5].

608 I. Nous expliquerons plus loin pourquoi les créanciers du tiers au profit duquel a été souscrite une assurance sur la vie ne sont pas admis à déclarer en son nom qu'il entend en profiter [6]. Mais il n'est pas douteux que, lorsque cette déclaration a été faite par le bénéficiaire lui-même, ses créanciers peuvent, en vertu de l'art. **1166**, demander en son nom le paiement du capital assuré [7].

609. Les créanciers de la femme ou de ses héritiers peuvent, en vertu de l'art. **1166**, accepter la communauté ou y renoncer, en supposant, bien entendu, que la femme ou ses héritiers n'aient pas perdu le droit d'option.

Cependant quelques auteurs contestent que les créanciers de la femme puissent, en vertu de l'art. **1166**, renoncer à la communauté. Mais ce droit n'est-il pas fondé sur un intérêt exclusivement pécuniaire? Il repose sur cette idée que le patrimoine personnel de la femme doit être protégé contre les suites de la mauvaise administration du mari. D'ailleurs nous pouvons dire que l'art. **1453** lui-même tranche la difficulté puisqu'il reconnaît le droit d'option non seulement à la femme et à ses héritiers, mais aussi à ses *ayant cause*. On prétend, dans l'autre théorie que, par cette expression,

(1) Civ. rej., 13 janv. 1873 (sol. impl.), S., 73. 1. 145, D. P., 73. 1. 151.
(2) Liège, 29 avril 1874, *Pasicr.*, 74. 382; 8 juill. 1874, *Pasicr.*, 74. 383.
(3) Douai, 6 mars 1891, D. P., 91. 2. 363.
(4) Toulouse, 1er juill. 1885, *Gaz. Trib. Midi*, 29 nov. 1885.
(5) Laurent, XVI, n. 388. — Douai, 24 mai 1854, S., 54. 2. 433, D. P., 55. 2. 51.
(6) V. *infra*, n. 6:3.
(7) Dupuich, *Tr. prat. de l'assur. sur la vie*, n. 225.

le législateur fait seulement allusion aux légataires universels ou à titre universel de la femme. N'est-ce pas restreindre arbitrairement la portée naturelle des termes de l'art. 1453 (1)?

L'objection la plus sérieuse qui soit dirigée contre notre opinion est celle que Laurent et Huc déduisent du caractère de faculté que présente le droit dont nous parlons. Nous y avons répondu plus haut (2).

610. Les créanciers de la femme sont-ils admis, après la dissolution de la communauté, à se prévaloir du droit d'option consacré par le second alinéa de l'art. 1408? En d'autres termes, peuvent-ils exercer le retrait d'indivision? Une partie de la doctrine et la cour suprême se prononcent pour la négative. L'option dont il s'agit supposerait une appréciation essentiellement personnelle. Les créanciers, dit-on, ne sauraient avoir le droit d'imposer à la femme l'acquisition d'un immeuble alors que le mari lui-même n'en a pas le pouvoir. D'ailleurs, les créanciers ne sont pas autorisés à exercer le retrait successoral, et ils ne l'étaient pas non plus autrefois à exercer le retrait lignager. Logiquement, on doit donner la même solution pour les divers retraits.

Mais, d'après le plus grand nombre des auteurs, l'autre opinion est préférable. L'appréciation que suppose l'exercice du droit d'option conféré à la femme par l'art. 1408 porte sur la question de savoir lequel des deux partis possibles lui est plus avantageux au point de vue pécuniaire. Or, vu la nature de la question, il n'y a pas de raison pour que cette appréciation ne soit pas aussi exacte lorsqu'elle émane des créanciers que lorsqu'elle émane de la femme elle-même. Si le mari ne peut pas choisir au nom de la femme, cela s'explique tout naturellement par cette considération qu'il y a oppo-

(1) *Sic* Troplong, *Contr. de mar.*, III, n. 1501; Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 413, texte et note 6; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 160, § 650, note 48; Rodière et Pont, *Tr. du contrat de mar.*, II, n. 1153; de Loynes sur Tessier, *Tr. de la soc. d'acquêts*, n. 179, note 3, p. 285; Guillouard, *Contrat de mar.*, III, n. 1247; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mar.*, II, n. 1011. — *Contra* Odier, I, n. 430; Laurent, XXII, n. 367-368, p. 384; Huc, IX, n. 289, p. 342. — Paris, 31 mars 1853, S., 53. 2. 337, D. P., 55. 2. 273.

(2) V. *supra*, n. 601 et 603.

sition d'intérêts entre les époux. Mais il n'en est pas de même entre la femme et ses créanciers. Au surplus, il n'est même pas vrai que ceux-ci puissent imposer leur volonté à la femme, car il ne leur est permis d'opter que si cette dernière demeure dans l'inaction. Qu'elle déclare ne pas vouloir l'immeuble, et ils seront bien obligés de subir cette renonciation, à moins qu'ils ne soient en situation de la faire annuler par application de l'art. 1167 en établissant qu'elle a été frauduleuse. Enfin l'assimilation que l'on établit entre les divers retraits n'est point rationnelle, car ils sont fondés sur des motifs tout différents. En admettant le retrait successoral, le législateur a voulu écarter les étrangers des partages et empêcher par là que ces opérations ne soient troublées par l'intervention de spéculateurs et de personnes animées d'une curiosité malveillante. C'est donc un intérêt moral qui sert de fondement à ce droit. Quant au retrait lignager, il avait pour objet la conservation des biens dans les familles, et, par conséquent, il puisait, lui aussi, sa raison d'être dans un intérêt moral. D'ailleurs, étant donné son but, on n'aurait pas pu, sans tomber dans la plus grande des inconséquences, reconnaître aux créanciers le droit de l'exercer, puisqu'ils auraient agi en vue de saisir ensuite le bien retrayé et, par conséquent, en vue de le faire sortir du patrimoine de la famille. Tout autre est le caractère des motifs du retrait d'indivision. Ce retrait s'explique par l'intention de soustraire la femme aux conséquences de l'administration de son mari. Il repose donc sur un intérêt purement pécuniaire. Ainsi la logique ne s'oppose pas, comme on le prétend, à ce que la règle posée dans l'art. 1166 s'applique au retrait d'indivision [1]. Nous adoptons cette dernière opinion.

[1] *Sic* Duranton, XIV, n. 203; Taulier, V, p. 65; Marcadé, V, sous l'art. 1408, n. 6; Rodière et Pont, *Tr, du contr. de mar.*, I, n. 633; Babinet, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 700; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 128-129, texte et note 49, 5e éd., p. 214, texte et note 49; Demolombe, XXV, n. 90-91; de Folleville, *Tr. du contr. pécuniaire de mar.*, I, n. 202 *bis;* Guillouard, *Contr. de mar.*, II, n. 548; Vigié, III, n. 113, p. 79; Mérignhac, *Commun.*, n. 684; Thiry, III, p. 334, n. 304 *in fine;* Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contr. de mar.*, I, n. 456. — Cpr. Planiol, III, n. 968. — *Contra* Fouet de Conflans, *Jurispr. des success.*, p. 374; Glandaz, *Encyclop.*, vo *Commun. conjug.*, n. 129; Odier, *Tr. du contr.*

611. L'envoi en possession des biens d'un absent peut-il être provoqué par les créanciers des héritiers présomptifs ou des autres ayants droits? La question est très discutée. Nous nous prononçons pour l'affirmative. Bien entendu, cette solution suppose que les créanciers se déclarent prêts à fournir pour la sûreté des biens de l'absent la caution et, plus généralement, toutes les garanties que leur débiteur serait tenu de fournir lui-même s'il demandait l'envoi en possession. Ils doivent également offrir de faire nommer par le tribunal un curateur qui sera chargé d'administrer les biens de l'absent dans l'intérêt commun de tous les ayants droit; car il serait inadmissible que chacun des créanciers eût la prétention d'administrer une portion de ces biens d'une valeur égale au montant de sa créance. Mais, quand ces conditions sont remplies, les créanciers sont admis à se prévaloir de l'art. 1166. Il n'y a aucune raison pour décider que l'envoi en possession est un droit attaché à la personne. Ceux à qui il appartient peuvent demander à titre provisoire ce qu'ils seraient autorisés à demander à titre définitif, si le décès de l'absent était prouvé. Or, dans cette dernière hypothèse, le fondement de leur droit serait un intérêt purement pécuniaire, et nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans notre cas. On objecte vainement que l'envoi en possession constitue à la fois un mandat et un dépôt. C'est méconnaître sa nature véritable. Il présente, il est vrai, des analogies avec le dépôt ou le mandat, mais il ne saurait leur être assimilé, puisque le législateur l'a organisé en vue de protéger, non seulement les intérêts de l'absent, mais encore ceux des personnes qui ont des droits subordonnés au décès de ce der-

de mar., I, n. 143; Troplong, *Contr. de mar.*, I, n. 677-678; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, p. 79, note 54; Larombière, II, p. 185 (art. 1166, n. 14); Laurent, XVI, n. 428; Huc, IX, n. 121, p. 133, et VII, n. 195, p. 268. — Civ. cass., 14 juill. 1834, S., 34. 1. 533, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 939. — Req., 8 mars 1837, S., 37. 1. 331, D., *Répert. alph.*, v° *Contr. de mar.*, n. 847. — Riom, 12 déc. 1888, S., 91. 2. 85, D. P., 90. 2. 324. — Suivant cette dernière décision, le droit d'exercer le retrait d'indivision passe aux héritiers de la femme; mais il leur est également personnel, et, par suite, les créanciers de ces héritiers ne sont pas recevables, en ce qui le concerne, à se prévaloir du principe écrit dans l'art. 1166.

nier. Alors, d'ailleurs, que les créanciers d'un mandataire ou d'un dépositaire n'auraient aucun avantage à invoquer le principe posé dans l'art. 1166, ceux des héritiers ou des autres ayants droits sont appelés à bénéficier de l'envoi en possession, soit parce qu'il fera entrer dans leur gage commun la part de fruits déterminée par l'art. 127, soit parce qu'il mettra leur débiteur à l'abri de la prescription dont il serait menacé dans l'hypothèse où d'autres héritiers auraient été envoyés en possession (1).

611 I. D'après la jurisprudence, la pension alimentaire allouée, en vertu de l'art. 301, à l'époux qui a obtenu la séparation de corps ou le divorce, ne s'éteint pas par le décès de l'époux débiteur (2); mais, après ce décès, elle est réductible au tiers de la succession dudit époux (3). La réduction peut-elle être demandée, non seulement par les héritiers de l'époux débiteur, mais aussi par ses créanciers? Cette question, toute nouvelle, s'est posée récemment devant la cour de Dijon, qui l'a résolue affirmativement. Cette solution nous paraît à l'abri de toute critique. Le droit que la jurisprudence reconnaît aux héritiers de l'époux débiteur de faire réduire la pension a pour fondement un intérêt purement pécuniaire; il ne saurait donc rester dans la catégorie des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur; les créanciers doivent, par suite, pouvoir l'exercer en vertu de l'art. 1166 (4).

Il faudrait, d'ailleurs, se prononcer dans le même sens relativement au droit de faire révoquer la même pension,

(1) *Sic* Duranton, I, n. 439; Demante, I, n. 151 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., n. 127, texte et note 44, 5e édit., p. 210, texte et note 44; Demolombe, II, n. 78; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n. 1110. — Colmar, 26 juin 1823, S., 37. 2. 484, à la note, D. P., *Rép. alph.*, v° *Absence*, n. 177. — *Contra* Toullier, I, n. 399; Plasman, *Des absents*, II, p. 295 et 301; Larombière, II, p. 176 (art. 1166, n. 8); Laurent, II, n. 187. — Metz, 7 août 1823, S., 26. 2. 37. — Colmar, 30 août 1837, S., 37. 2. 484. — Huc refuse aux créanciers des héritiers présomptifs le droit de demander du chef de leur débiteur l'envoi en possession provisoire; mais il reconnaît ce droit aux créanciers des autres intéressés. Cette distinction ne repose sur aucun fondement. On en trouvera la réfutation dans Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, I, même numéro, al. 4.

(2) Alger, 2 fév. 1886, S., 86. 2. 177.— Lyon, 4 juin 1892, S., 93. 2. 60.— Nancy, 26 juin 1903, S., 1904. 2. 33.

(3) Civ. cass., 10 mars 1903, S., 1903. 1. 222, D. P., 1903. 1. 503.

(4) Dijon, 18 nov. 1903, S., 1904. 2. 131.

après le décès de l'époux débiteur, si elle n'était plus nécessaire aux besoins de l'époux survivant. Ce droit, lui aussi, repose sur un intérêt purement pécuniaire.

612. En résumé, lorsqu'un droit est fondé sur un intérêt exclusivement pécuniaire, les créanciers peuvent l'exercer. Il en est toutefois autrement si un texte s'y oppose, ainsi qu'on en voit un exemple pour le droit qui appartient à la femme de demander la séparation de biens : « Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens ». Art. 1446, al. 1. La séparation de biens a pour but unique de sauvegarder la dot de la femme, quand cette dot est mise en péril par la mauvaise administration du mari ; elle est fondée, par conséquent, sur un intérêt exclusivement pécuniaire. Cependant la loi ne permet pas aux créanciers de la femme d'exercer son droit de son chef. C'est que l'exercice de ce droit est de nature à compromettre la bonne harmonie entre les époux. Or, aux yeux de la loi, cette bonne harmonie est un intérêt supérieur à celui des créanciers (1).

D. *Droits fondés sur un intérêt purement moral.*

613. En sens inverse, quand un droit est fondé sur un intérêt purement moral, on ne doit pas hésiter à le considérer comme attaché à la personne. Il en est ainsi du droit de demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. D'une part, cette révocation est infligée au donataire par la loi, à titre de peine, et, d'autre part, le droit de la demander étant fondé sur une injure, il appartient à la personne injuriée de voir s'il lui convient que le coupable soit puni. Ainsi, apprécié au point de vue de sa cause, le droit dont nous parlons a un caractère purement moral (2).

(1) Guillouard, *Contr. de mar.*, III, n. 1101, p. 59; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, II, n. 896; Planiol, II, 1re éd., n. 304-2°, 2e et 3e édit., n. 286-2°. — D'après Laurent, cette disposition mériterait d'être critiquée, car la femme n'a pas le droit de sacrifier les intérêts de ses créanciers, XXII, n. 201. Nous croyons que l'explication donnée ci-dessus répond victorieusement à cette critique.

(2) Duranton, X, n. 540; Coin-Del s'e. sur l'art. 957, n. 18; Marcadé, IV, n. 494; *in fine;* Demante, IV, n. 100 *bis*-VIII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 126, 5e édit.,

La question devient délicate quand, par exception, l'action en révocation pour cause d'ingratitude passe à l'héritier du donateur. Cesse-t-elle, dans ce cas, d'être fondée sur un intérêt purement moral pour être fondée sur un intérêt purement pécuniaire, ou au moins surtout pécuniaire? Faut-il dire, par suite, qu'elle perd son caractère de personnalité et qu'elle peut être exercée soit par les créanciers héréditaires en cette qualité, soit par les créanciers personnels de l'héritier? Oui, a-t-on répondu, l'héritier n'est pas l'offensé; il n'est donc pas animé des mêmes sentiments que celui-ci; le but qu'il poursuit, en agissant contre le donataire, c'est bien plutôt la punition pécuniaire de l'offenseur que la réparation personnelle de l'offense (1). Nous ne partageons pas cette opinion. Nous croyons que, même lorsqu'elle est transmise à l'héritier, l'action en révocation pour cause d'ingratitude continue à être fondée sur un intérêt exclusivement moral ou que, dans tous les cas, le caractère moral de son fondement demeure dominant. Cette action n'est transmissible qu'aux héritiers proprement dits, et non aux simples successeurs aux biens, car les premiers seuls représentent la personne du défunt. Or, en fait, au moins quand les héritiers sont de proches parents du donateur, rien n'autorise à dire qu'ils ne voient pas avant tout dans l'exercice de l'action un moyen d'obtenir la réparation de l'offense faite à leur auteur. De plus, il est inadmissible que, par suite de l'intervention des créanciers, les héritiers n'aient pas toute liberté pour décider s'ils doivent ou non pardonner et qu'ainsi la mort du donateur ait pour effet d'empirer la situation du donataire (2).

614. Le droit d'exercer le retrait successoral doit aussi,

p. 208, et VII, 4e édit., p. 419; Demolombe, XX, n. 692-693; Larombière, II, p. 176 (art. 1166, n. 9); Laurent, XII, n. 28, p. 33; Thiry, III, n. 383, p. 374; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Don. et test.*, I, n. 1621; Planiol, II, 1re édit., n. 304-2°, 2e et 3e édit.,) n. 286-2°, III, n. 2647.

(1) Demolombe, XX, n. 692. — V. aussi Demante, *loc. cit.*; Huc, *Comment. du C. civ.*, VI, n. 246, p. 312, VII, n. 280, p. 272, et *Tr. de la cession*, I, n. 101, p. 144.

(2) Aubry et Rau, VII, p. 418-419, texte et notes 18 et 19; Laurent, XIII, n. 28, p. 33. — V. aussi Duranton, X, n. 559; Larombière, II, p. 176 (art. 1166, n 9). — D'après ces deux derniers auteurs, les créanciers ne seraient pas admis à intenter l'action, mais ils pourraient la continuer lorsqu'elle a été introduite par le défunt.

d'après nous, être classé parmi les droits fondés sur un intérêt purement moral. Si, pour en déterminer le caractère, on se plaçait, comme le font en général les auteurs, au point de vue de son résultat, on dirait que c'est un droit moral et pécuniaire tout à la fois, car, en l'exerçant, on arrive : 1° à exclure du partage un étranger dont la présence rendrait difficile la conclusion de cette opération : c'est le côté moral du droit; 2° à profiter de la part qui revenait au cessionnaire évincé : c'est le côté pécuniaire. Nous disons au contraire, envisageant le retrait successoral uniquement quant à son fondement, quant à la cause qui l'a fait établir, que c'est un droit purement moral; car le législateur s'est proposé pour but unique, en l'établissant, d'assurer la paix dans les opérations du partage.

Si l'on se place à notre point de vue, il est manifeste que ce droit doit être considéré comme exclusivement attaché à la personne. Au surplus, quelle que soit la diversité des raisons qu'ils donnent à l'appui de leur décision, les auteurs, à une ou deux exceptions près seulement, estiment, comme nous, que le retrait successoral ne saurait être exercé par les créanciers d'un héritier [1].

E. *Droits fondés sur un intérêt à la fois moral et pécuniaire.*

615. Quand l'intérêt qui sert de fondement à un droit est à la fois moral et pécuniaire, nous avons dit qu'au point de vue de l'application de l'art. 1166, il fallait rechercher lequel des deux caractères l'emportait.

Appliquons ce principe à l'action par laquelle on poursuit l'annulation d'un contrat pour cause d'erreur, de violence ou de dol. La loi, en accordant cette action, a voulu procurer à la partie dont le consentement a été vicié la réparation du

[1] *Sic* Marcadé, IV, n. 494; Toullier, VI, n. 375; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-VIII; Proudhon, *Usufruit*, V, n. 2345; Massé et Vergé, IV, p. 387, § 692, note 34 : Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 126, texte et note 37, 5e édit., p. 208, texte et note 37, et VI, 4e édit., p. 524, note 32; Larombière, II, p. 175 (art. 1166, n. 7); Demolombe, XXVI, n. 60, et XXV, n. 72; Laurent, X, n. 361; Vigié, II, p. 179, n. 347; Thiry, II, n. 193; Huc, V, n. 321 et *Tr. de la cession des créances*, I, n. 84; Planiol, III, n. 2450. — V. pour les autres auteurs, Fuzier-Herman, C. civ. ann., sous l'art. 841, n. 152. — *Adde* dans le même sens Montpellier, 16 juil. 1853, S., 54. 2. 304, D. P., 54. 5. 662. — *Contra* Le Sellyer, III, n. 1348.

préjudice que la convention lui cause, puis assurer la liberté du consentement et, en cas de dol, punir l'auteur du délit. Mais il paraît difficile de contester que le côté pécuniaire de l'action l'emporte ici sur le côté moral; le but principal que s'est proposé le législateur en accordant cette action a été certainement de procurer, à la victime de l'erreur, de la violence ou du dol, la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé. L'action pourra donc être exercée par les créanciers de celui à qui elle appartient (1).

Cette solution n'est repoussée que par Toullier. Il se fonde sur ce que la victime de l'erreur, de la violence ou du dol est seule en situation d'apprécier si sa volonté a été ou non libre et éclairée. Comment ses créanciers pourraient-ils se rendre compte de ce qui s'est passé dans sa conscience? D'ailleurs, si le débiteur ne demande pas l'annulation, c'est parce qu'il estime que son consentement n'a pas été vicié (2).

Il résulte, sans doute, du premier de ces arguments qu'il sera souvent très difficile pour les créanciers d'établir que l'action est fondée. Mais il ne s'ensuit point qu'ils n'ont pas le droit d'agir. Au surplus, l'argument a le défaut de trop prouver, car il amène logiquement à décider (ce qui n'est admis par personne) que l'action en nullité pour cause d'erreur, de violence ou de dol, n'est pas transmissible aux héritiers du débiteur. N'est-il pas évident que pas plus ceux-ci que les créanciers ne peuvent facilement déterminer les conditions dans lesquelles le consentement a été donné?

D'autre part, cette circonstance que le débiteur s'abstient d'attaquer la convention, ne suppose nullement qu'il reconnaît avoir consenti librement et en connaissance de cause. Elle s'explique par cette considération que le débiteur, à raison de son insolvabilité, n'a pas d'intérêt à faire annuler le contrat et qu'il laisse à ses créanciers, à qui l'action doit profiter, le soin de l'intenter, si bon leur semble.

(1) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Hypothèques*, § 4, n. 4; Duranton, X, n. 562; Marcadé, IV, n. 495; Troplong, *Hypothèques*, n. 462; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-X; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 128, texte et note 47, 5e édit., p. 211, texte et note 47; Larombière, II, p. 186 (art. 1166, n. 15); Demolombe, XXV, n. 88; Laurent, XVI, n. 422, p. 479; Thiry, II, n. 641, p. 630; Huc, VII, n. 202, p. 274.

(2) Toullier, VII, n. 566.

616. Nous donnerons la même solution pour les actions en nullité fondées sur l'incapacité du débiteur, que cette incapacité résulte de la minorité, de l'interdiction ou du défaut d'autorisation maritale. Comme les actions accordées à raison de l'erreur, de la violence ou du dol, elles ont pour fondement plutôt un intérêt pécuniaire qu'un intérêt moral.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'art. 225, aux termes duquel : « La nullité fondée sur le défaut d'autorisation, ne peut être opposée *que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers* ». Cette disposition, ainsi que le prouve celle du second alinéa de l'art. 1125, fait simplement obstacle à ce que la nullité puisse être invoquée par la personne capable qui a contracté avec la femme mariée non autorisée.

On doit également se garder d'attribuer un sens abusif aux art. 1208, 2012 et 2036. En vertu de ces textes, les *exceptions purement personnelles* à un débiteur ne peuvent être opposées ni par son codébiteur solidaire, ni par sa caution. S'il en résulte que ces deux derniers ne peuvent pas faire valoir l'exception d'incapacité, cela provient de ce que, le plus souvent, c'est précisément à raison de l'incapacité que le créancier a exigé l'engagement de la caution ou du codébiteur solidaire. Aucun motif de ce genre ne permet de refuser aux créanciers de l'incapable le droit de proposer la nullité en vertu de l'art. 1166 (1).

(1) *Sic* Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Créancier*, § 4, n. 4 et 5; Delvincourt, II, p. 523; Proudhon, *Usufr.*, IV, n. 2347; Duranton, II, n. 512, X, n. 561, et XII, n. 569; Marcadé, IV, n. 494; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-X; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 128, texte et note 48, 5e édit., p. 211-212, texte et note 48, et V, 4e édit., p. 162; Larombière, II, p. 186 (art. 1166, n. 15); Demolombe, IV, n. 342, XXV, n 86; Laurent, III, n. 163, p 201, et XVI, n. 420, p. 478; Vigié, I, n. 453, p. 250; Thiry, II, n. 345, p. 315; Huc, II, n. 278, p. 293, et VII, n. 202, p. 275, et *Tr. de la cession*, II, n. 103, p. 147. — Bastia, 26 mai 1834, D. P., 34. 2. 214, et *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 930-1°; Rouen, 9 janv. 1838, S., 38. 2. 110; D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 909-1°. — Civ. cass., 10 mai 1853, S., 53. 1. 572, D. P., 53. 1. 160. — Bastia, 30 août 1854, S., 54. 2. 481, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 930-1°. — Gand, 6 août 1862, *Pasicr.*, 63. 2. 54. — Paris, 14 nov. 1887, D. P., 88. 2. 225. — *Adde* Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n. 2348. — *Contra* Toullier, VII, n. 766; Chardon, *Puiss. mar.*, n. 130; Cubain, *Droits des femmes*, n. 120. — Grenoble, 2 août 1827, D., *Répert. alph.*, v° *Mariage*, n. 939. — Paris, 10 janv. 1835, S., 35 2. 473, D., *Répert. alph.*, v° *Minorité*, n. 555. — Alger, 22 février 1899, D. P., 1901. 2. 83.

Notre solution comporte toutefois une restriction en ce qui concerne l'action en nullité de l'engagement qu'une femme mariée a contracté sans autorisation. Si les créanciers de la femme peuvent agir en vertu de l'art. 1166, il est très rare qu'il en soit de même des créanciers du mari. Pendant le mariage, le droit qui appartient à celui-ci de demander l'annulation repose sur un intérêt purement moral ou, au moins, surtout moral, car ce droit a exclusivement ou principalement pour cause le fait que la puissance maritale n'a pas été respectée. Il ne saurait donc, à ce moment, être exercé par les créanciers du mari. Pour que ces créanciers soient admis à intenter l'action, il faut que le mariage soit dissous et que le mari ait encore un intérêt à faire annuler l'obligation. Si cet intérêt existe, il sera nécessairement et même purement pécuniaire, puisqu'il ne peut plus être question, après la dissolution du mariage, de sauvegarder la puissance maritale (1). Mais cet intérêt ne se rencontre que dans des cas extrêmement rares (2).

617. Les principes que nous venons de poser nous amènent à décider que les créanciers d'une femme mariée sous le régime dotal sont admis, lorsque l'inaliénabilité des immeubles dotaux ne leur est pas opposable, à exercer l'action en nullité des aliénations ou des constitutions de droits réels par elle consentis sur des immeubles ayant ce caractère.

Il faut donc, pour que notre proposition soit exacte, qu'il s'agisse de créanciers antérieurs à la célébration du mariage ou postérieurs à sa dissolution. Mais, quand cette condition se rencontre, la règle de l'art. 1166 est applicable.

(1) Laurent, III, n. 158, p. 196; Thiry, I, n. 345, p. 315; Huc, II, n. 278, p. 293. — V. cep. Aubry et Rau, 4e édit, V, p. 162. note 103; Beudant, *Des personnes*. I, n. 337, p. 469, note 1; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, II, n. 2349; Demolombe, 2e édit., IV, n. 342 *in fine*. (Dans sa 1re édition, ce dernier auteur avait exprimé une opinion différente). — Req., 14 août 1822, D., *Répert. alph.*, vo *Mariage*, n. 939.

(2) On peut cependant citer, après Marcadé, l'hypothèse où la femme a renoncé sans autorisation à une succession qui devait, en tout ou en partie, tomber dans la communauté. Le mari a évidemment un intérêt à faire annuler cette renonciation. Après la dissolution du mariage, cet intérêt ne peut être que pécuniaire, et les créanciers du mari sont autorisés, en conséquence, à former la demande en se prévalant de l'art. 1166. Marcadé, II, n. 752.

Sans doute, c'est dans l'intérêt de la femme et non pas dans celui de ses créanciers, que le législateur a établi l'inaliénabilité des immeubles dotaux; mais il n'en résulte point que l'action en nullité fondée sur cette inaliénabilité soit personnelle à la femme. Notre raisonnement sera le même que pour le droit de demander l'annulation des obligations contractées par un mineur, par un interdit ou par une femme mariée non autorisée. Dans ce cas aussi, l'action en nullité a pour but unique de sauvegarder l'intérêt de l'incapable; mais ce n'est pas une raison pour que les créanciers ne puissent pas l'intenter en vertu de l'art. 1166. Ce rapprochement s'impose d'autant plus que l'inaliénabilité des biens dotaux, dans l'opinion la plus générale, dérive d'une incapacité particulière à la femme mariée sous le régime dotal.

On prétend, il est vrai, que le fondement de l'action en nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal s'oppose à ce que cette action puisse être intentée par les créanciers. Elle a, dit-on, pour but, d'assurer des ressources à la famille. Si les créanciers étaient autorisés à l'exercer, ce but serait manqué. Une réponse décisive a été faite à cet argument par M. Lacoste. Alors même que les créanciers de la femme ne seraient pas recevables à se prévaloir ici de l'art. 1166, le but que l'on croit pouvoir assigner à l'inaliénabilité des immeubles dotaux ne serait pas atteint. En effet, ou la femme poursuivra elle-même l'annulation, et l'immeuble, une fois rentré dans son patrimoine, pourra être saisi par les créanciers, ce qui aura pour conséquence de priver la famille des ressources dont on parle; ou la femme s'abstiendra d'agir, et, dans ce cas, le résultat sera encore le même pour la famille. Il n'est donc pas vrai qu'on assure des ressources à cette dernière en refusant aux créanciers le droit d'invoquer l'art. 1166 [1].

On a objecté aussi que notre système donne à ceux des créanciers chirographaires de la femme qui sont antérieurs au mariage le moyen de se procurer un droit de suite sur les immeubles dotaux. L'objection nous paraît dépourvue de toute portée, car elle suppose qu'on oublie la notion même

[1] S., 91. 2. 233, col. 3 *in fine*.

du droit de suite. Ce droit permet aux créanciers qui peuvent s'en prévaloir d'agir en leur nom personnel. Dans notre cas, au contraire, les créanciers de la femme agissent au nom de leur débitrice. Le droit de suite permet aussi de saisir un immeuble sur la tête d'un tiers acquéreur et, par conséquent, sans qu'il soit besoin de le faire rentrer dans le patrimoine de la personne qui a conféré ce droit. Dans notre cas, au contraire, il faut que l'immeuble soit redevenu la propriété de la femme pour que les créanciers de celle-ci soient admis à procéder à la saisie. On voit donc que les traits essentiels du droit de suite font défaut dans notre hypothèse. On ne peut pas dire que des créanciers chirographaires se créent un droit de suite lorsqu'ils demandent pour cause d'incapacité, en vertu de l'art. 1166, la nullité d'une aliénation d'immeuble émanant d'un mineur, d'un interdit ou d'une femme mariée non autorisée. Or la situation est exactement la même [1].

618. Aubry et Rau, qui se prononcent pour l'opinion contraire à la nôtre, enseignent néanmoins que les créanciers pourvus d'une hypothèque valable sur un immeuble dotal

[1] *Sic* Tessier, *De la dot*, II, p. 80 s.; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n. 104; Seriziat, *Rég. dotal*, n. 196; Odier, *Tr. du contr. de mar.*, III, n. 1136; Colmet de Santerre, VI, n. 232 *bis*-V; Larombière, II, p. 182 (art. 1166, n. 12); Demolombe, XXV, n. 87; Laurent, XVI, n. 421, p. 479; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, IV, n. 1889; Vigié, III, n. 531, p. 297; Huc, VII, n. 202, p. 274 et IX, n. 487, p. 580 *in fine*, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, III, n. 1798; Planiol, III, n. 1533. — Bordeaux, 26 nov. 1889, S., 91. 2. 233 (note conforme de M. Lacoste), D. P., 1902. 2. 284. — Cpr. Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mar.*, III, n. 1873. — *Contra* Troplong, *Du contr. de mar.*, IV, n. 3519; Marcadé, VI, sur l'art. 1560, n. 5; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 232, § 670, note 14; Aubry et Rau, 4e éd., V, p. 562, texte et note 25; Jouitou, *Du rég. dot.*, I, n. 206. — Nîmes, 2 avril 1832, S., 32. 2. 519, D., *Rép. alph.*, v° *Contr. de mar.*, n. 3795. — Montpellier, 17 juil. 1846, S., 46. 2. 559, D. P., 47. 2. 67. — Paris, 12 janv. 1858, S., 58. 2. 256. — Civ. rej., 18 juil. 1859, S., 60. 1. 432, D. P., 59. 1. 398. — Aix, 3 janv. 1883, D. P., 83. 2. 206. — Paris, 28 mars 1901, D. P., 1902. 2. 284. — Nous rapprocherons de l'arrêt de Bordeaux précité une décision de la cour de cassation de Naples du 7 juin 1887, S., 88. 4. 31. Cette dernière cour pose en principe, elle aussi, que le droit pour la femme de faire annuler l'aliénation du fonds dotal n'est pas attaché à la personne, et elle en conclut qu'il est cessible. Nous ferons observer toutefois qu'il ne résulte pas nécessairement de cette décision que, d'après la cour de cassation de Naples, les créanciers de la femme aient qualité pour exercer l'action en nullité de l'aliénation d'un immeuble, car un droit peut être cessible sans que les créanciers soient admis à l'exercer en vertu de l'art. 1166.

ont le droit de faire annuler l'aliénation de cet immeuble. A nos yeux, il est incontestable que cette concession ruine le système des savants auteurs. Qu'il s'agisse de créanciers hypothécaires ou de créanciers chirographaires, le fondement de l'action en nullité est toujours le même, et, par conséquent, on ne saurait logiquement établir une distinction entre les deux catégories de créanciers. Pour échapper à l'objection, Aubry et Rau prétendent que, dans notre cas, les créanciers hypothécaires de la femme agissent directement, en vertu du droit qui leur est propre, et non pas en se prévalant de l'art. 1166 (1). Mais, ainsi que M. Lacoste l'a encore fait remarquer très judicieusement, cette idée suppose une confusion : Si le droit que les créanciers hypothécaires ont en cette qualité, leur permet de faire saisir l'immeuble sur la tête du tiers acquéreur, il ne leur permet point de faire annuler l'aliénation consentie à ce dernier. Donc, pour obtenir cette annulation, il faut que les créanciers, alors même qu'ils sont hypothécaires, agissent en vertu de l'art. 1166 (2).

619. En ce qui concerne les créanciers du mari, il est certain qu'ils ne sont pas recevables à intenter l'action en nullité de l'aliénation ou de la constitution de droit réel consentie sur un immeuble dotal. Cette action n'est pas comprise dans le patrimoine de leur débiteur. C'est seulement, en effet, en qualité de mandataire de la femme que le mari peut demander l'annulation. Or les créanciers de celui-ci ne sont point autorisés par l'art. 1166 à exercer un mandat à sa place (3).

620. On sait qu'en matière de succession, l'incapacité n'est pas autre chose que le défaut d'aptitude à succéder, l'absence de toute vocation héréditaire, et qu'elle opère de plein droit. Elle peut être opposée par tous les intéressés, par conséquent

(1) Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 563, texte et note 26.

(2) Lacoste, note précitée, S., 91. 2. 233, col. 2 *in fine*.

(3) Troplong, *op. cit.*, IV, n. 3530; Duranton, XV, n. 522; Marcadé, VI, sur l'art. 1560, n. 5; Odier, *op. cit.*, III, n. 1329; Colmet de Santerre, VI, n. 232 *bis*-V; Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n. 1872; Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 562, texte et note 24; Guillouard, *op. cit.*, IV, n. 1887; Huc, IX, n. 487 *in fine;* Vigié, III, n. 531, p. 297; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *loc. cit.;* Planiol, III, n. 1532 *in fine*. — Cpr. Req., 13 avril 1893, S., 95. 1. 218, D. P., 94. 1. 407.

tant par les successeurs irréguliers que par les héritiers légitimes. Elle peut être opposée aussi, en vertu de l'art. **1166**, par les créanciers de ces diverses personnes. Cette solution ne peut pas faire doute. L'incapacité résulte de la disposition même de la loi. Il se peut qu'une décision de justice intervienne pour la constater, mais cette décision n'aura pas pour effet de la créer. Celui qui se prévaut de l'incapacité se borne à faire valoir que son adversaire n'a aucun droit aux biens héréditaires parce que le législateur même l'a mis dans l'impossibilité de succéder (1). On ne saurait donc contester que le fondement du droit d'opposer l'incapacité est beaucoup plus pécuniaire que moral, peut-être même faudrait-il dire qu'il est purement pécuniaire (2).

621. Nous rappelons qu'en matière successorale, l'indignité peut être opposée, soit par des cohéritiers de celui qui en est frappé, soit, au cas où ce dernier est seul de son degré, par les héritiers du degré subséquent, soit enfin, s'il est réservataire, par les donataires ou légataires à qui il prétendrait faire subir une réduction (3). De plus, selon nous, il faut admettre que l'indignité est encourue de plein droit, c'est-à-dire dès qu'il existe une des causes prévues par l'art. 727 C. civ. et sans qu'il soit besoin d'une déclaration de justice (4). Si l'on se range à cette opinion, il n'est pas contestable que le droit d'opposer l'indignité, comme celui d'opposer l'incapacité, appartient aux créanciers de tous les intéressés, c'est-à-dire des diverses personnes que nous avons énumérées. Si l'indigne possède les biens héréditaires, il se trouve les détenir sans titre, puisqu'il est *exclu* de la succession par la loi même. L'action qui est dirigée contre lui est donc en réalité une action en pétition d'hérédité, et, par conséquent, une

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, I, 1re édit., n. 193, p. 117, 2e édit., n. 168, p. 133.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 275; Demolombe, XIII, n. 271. — V. aussi Laurent, VIII, n. 532; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, I, 1re édit., n. 199, 2e édit., même n° *in fine* et n° 230.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, I, 1re édit., n. 333-334, 2e édit., n. 264, et les auteurs cités par eux.

(4) *Sic* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, I, 1re édit., n. 319-328, 2e édit., n. 260-261 on trouvera en note les autorités dans les deux sens.

action qui a pour fondement un intérêt, sinon exclusivement, du moins principalement pécuniaire (1).

Les auteurs qui exigent, au contraire, pour l'existence de l'indignité, une déclaration de justice, sont divisés sur notre question. Ceux qui refusent aux créanciers des divers intéressés le droit d'exercer l'action en déclaration d'indignité, font valoir qu'à raison de son caractère essentiellement moral, pleinement démontré par la nature du débat qu'elle est destinée à soulever, par le scandale qu'elle peut occasionner, par le trouble qu'elle apporte ordinairement dans les familles, il faut voir en elle un droit exclusivement attaché à la personne (2). D'après les partisans de l'autre opinion, l'indignité ayant été envisagée par le législateur comme une punition exemplaire, ne saurait dépendre de l'appréciation des intéressés; l'action en déclaration d'indignité a, par suite, un caractère d'ordre public. On se conforme donc à l'esprit de la loi en reconnaissant au plus grand nombre de personnes possible le droit d'intenter cette action (3).

A notre avis, la première de ces deux opinions est la plus logique (4).

622. Le droit d'accepter ou de répudier un legs, comme les droits d'option consacrés par les art. 1408 et 1453, est compris dans le domaine de l'art. 1166. Mais, à la différence de ces derniers, il tombe, selon nous, sous l'exception relative aux droits exclusivement attachés à la personne. Cette décision est justifiée, à notre avis, par le caractère de l'intérêt qui sert de base au droit d'option du légataire. La faculté de choisir entre l'acceptation ou la répudiation du legs repose principalement sur cette considération que le légataire doit pouvoir repousser la libéralité s'il estime que sa conscience le lui commande (5).

(1) Laurent, IX, n. 19, p. 28; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, I, 1re édit., n. 335, 2e édit., n. 264, dern. al.

(2) Duranton, VI, n. 120; Chabot, sur l'art. 727, n. 21; Taulier, III, p. 136; Marcadé, sur l'art. 727, n. 7.

(3) Vazeilles, sur l'art. 727, n. 15; Favard de Langlade, vo *Indignité*, n. 11; Hureaux, I, 146-148; Le Sellyer, I, n. 177; Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 275, note 8; Demolombe, XIII, n. 248; Thiry, II, n. 39, p. 45; Vigié, II, n. 84.

(4) *Sic* Laurent, *loc. cit.*

(5) Cpr. Rouen, 3 juil. 1866, S., 67. 2. 11. — *Contra* Demolombe, XXV, n. 59.

Laurent et Huc enseignent également que les créanciers ne peuvent pas exercer la faculté dont nous parlons. Mais, comme on l'a vu, s'ils se prononcent ainsi, c'est parce que, d'après eux, la disposition de l'art. 1166 serait, d'une façon générale, étrangère à tous les droits qui constituent des facultés. Nous avons dit ce que nous pensions de cette théorie (1).

623. Nous avons admis que, dans les cas où la stipulation pour autrui est valable en vertu de l'art. 1121, par conséquent en matière d'assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée, le bénéficiaire acquérait un droit dès le moment où était conclu le contrat renfermant la stipulation faite en sa faveur (2). Cette circonstance qu'il déclare dans la suite vouloir, comme dit la loi, profiter de la stipulation, a simplement pour effet de mettre celle-ci à l'abri de la révocation. C'est là néanmoins, il faut le reconnaître, un effet d'une importance considérable au point de vue pratique. Nous devons nous demander maintenant si les créanciers du bénéficiaire peuvent déclarer de son chef qu'il entend profiter ou non de la stipulation. L'énoncé même de la question nous paraît imposer la négative. La question de savoir si le bénéficiaire doit rendre définitif le droit né à son profit ou s'il doit, au contraire, l'anéantir, relève essentiellement de sa conscience. Il s'agit ici d'une faculté essentiellement personnelle, car elle repose principalement sur des considérations de haute convenance (3).

Les partisans de la théorie d'après laquelle le bénéficiaire n'acquiert le droit que par son acceptation se prononcent dans le même sens. Mais quelle est, d'après eux, la raison de décider? Le tribunal de Quimper, dans une espèce où il s'agissait d'une assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée, se fonde sur ce que les créanciers ne peuvent

(1) V. *supra*, n. 598-603.

(2) V. *supra*, n. 154 et 199.

(3) Dupuich, *Tr. prat. de l'assur. sur la vie*, n. 224. Cet auteur fait observer que, pratiquement, la question ne se pose que lorsque, au regard du bénéficiaire, la stipulation de l'assurance constitue une libéralité, car, si elle avait dû lui conférer un droit à titre onéreux, il serait intervenu au contrat pour la rendre immédiatement irrévocable.

accepter une donation faite à leur débiteur (1). Evidemment le tribunal fait ici allusion à des considérations de l'ordre de celles que nous invoquions il n'y a qu'un instant. Le jurisconsulte qui a annoté cette décision dans le recueil de Dalloz, critique la formule dont s'est servi le tribunal : « La stipulation d'une assurance au profit d'un tiers, fait-il remarquer avec raison, ne constitue pas une donation, du moins en ce qui touche le capital assuré ». Il eût mieux valu dire « que les motifs de convenance qui s'opposent à ce que les créanciers puissent accepter une donation proprement dite, ne leur permettent pas davantage l'acceptation d'une stipulation gracieuse faite à son profit » (2). Mais il nous semble qu'il serait bien plus simple et bien plus juridique de dire, dans cette théorie, que les créanciers du bénéficiaire ne peuvent pas accepter la stipulation parce que leur débiteur n'a encore aucun droit. Si l'art. **1166** autorise les créanciers à exercer les droits de leur débiteur, il ne leur permet point de faire naître des droits à son profit en contractant à sa place (3).

624. On ne saurait hésiter à décider que les créanciers ne sont pas admis à se prévaloir de l'art. **1166** pour révoquer une donation faite par l'un des époux à l'autre pendant le mariage. Cette faculté de révocation est essentiellement personnelle. Elle a pour but de protéger chacun des époux contre l'influence abusive que son conjoint pourrait exercer sur lui, et de permettre au donateur de revenir sur sa libéralité, s'il estime dans le for de sa conscience que son conjoint s'est rendu coupable d'ingratitude à son égard et qu'il ne mérite pas le pardon. On peut, il est vrai, déduire de ces raisons que le législateur, en établissant cette faculté, a voulu sauvegarder le patrimoine respectif de chacun des époux et qu'il a pris ainsi en considération un intérêt pécuniaire ; mais il n'en est pas moins vrai qu'il a eu surtout en vue un intérêt moral (4).

(1) Trib. civ. de Quimper, 2 mai 1893, D. P., 95. 1. 156.

(2) Note de M. Dupuich, D. P., 95. 2. 156, col. 2.

(3) V. *supra*, n. 600.

(4) Troplong, IV, n. 2672; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 126, 5e édit., p. 208 *in fine*, 209, VIII, 4e édit., n. 116, texte et note 38; Demolombe, XXIII,

625. Presque tous les auteurs enseignent que les actions en dommages-intérêts pour crimes ou délits contre les personnes rentrent dans l'exception et ne peuvent pas, en conséquence, être exercées par les créanciers. Ce sont, disent-ils, des actions *vindictam spirantes*. Avant tout, leur but est de permettre la réparation de l'outrage fait à la personne. La victime seule peut décider si elle doit agir : « Comment ! s'écrie Demolombe, il dépendrait de mes créanciers de me mettre en scène malgré moi, de la sorte, et de m'engager dans les débats publics d'un procès dont toutes les convenances de famille et de société me commandent d'éviter l'éclat ! Cela ne saurait être ! Ma personne apparemment, ni ma réputation, ni mon honneur ne sont en gage ! » (1). La jurisprudence étend même cette solution au cas où une indemnité est due à raison du préjudice causé à la personne par un quasi-délit, notamment par un accident de chemin de fer ou par un accident professionnel : « Attendu..., lisons-nous dans un jugement du tribunal civil de Meaux, qu'en matière d'accident de personne, c'est à la victime qu'il appartient d'apprécier si elle doit ou non demander des dommages-intérêts ; — que l'exercice de cette action lui est donc exclusivement personnel » (2).

Mais, selon Labbé, cette question doit être résolue par

n. 477 ; Laurent, XV, n. 334, et XXI, n. 435 ; Thiry, II, n. 541, p. 527 ; Vigié, II, n. 1066, p. 483 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, II, n. 4017 ; Planiol, III, n. 3220. — Limoges (motifs), 1er fév. 1840, S., 40. 2. 241, D., *Rép. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2405.

(1) Duranton, X, n. 557 ; Marcadé, IV, n. 494 *in fine ;* Proudhon, *Usufr.*, IV, n. 2345 ; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-IX ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 554, p. 411, texte et note 14 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 126, texte et note 38, 5e édit., p. 208, texte et note 38 ; Sourdat, *Tr. génér. de la respons.*, I, n. 73 *bis ;* Demolombe, XXV, n. 82 ; Larombière, II, p. 176 (art. 1166, n. 9) ; Laurent, XVI, n. 419 ; Arntz, III, n. 82 *in fine*, p. 45. — Lyon, 17 juin 1864, S., 65. 2. 139. — Cpr. Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 201, p. 272 *in fine*, et *Tr. de la cession*, I, n. 102, p. 145.

(2) Trib. Meaux, 6 déc. 1882, *Gaz. Pal.*, 83. 1. 559. — *Sic* Trib. Seine, 9 janv. 1879, S., 81. 2. 21 ; 12 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 82. 1. 289 ; 27 juil. 1892, *Gaz. des Trib.*, 4 août 1892 ; 4 juil. 1901 (mort du débiteur à la suite d'un accident), *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 284. — Cpr. Huc, *loc. cit.* — D'après le jugement précité du 12 janv. 1882, lorsque les héritiers de la personne qui a péri dans un accident peuvent, à raison d'un préjudice qui leur est personnel, agir contre celui à qui l'accident est imputable, leurs créanciers ne peuvent pas exercer ce droit en leur nom.

une distinction. La solution généralement admise est fondée dans le cas où les dommages-intérêts ont pour but de réparer un préjudice moral, mais non lorsqu'ils sont destinés à réparer un préjudice matériel, un préjudice d'ordre pécuniaire. Une personne, à la suite de coups qu'elle a reçus, de blessures qui lui ont été faites, est mise pour un temps plus ou moins considérable, peut-être même pour toujours, dans l'impossibilité d'exercer sa profession. Elle se trouve ainsi privée du traitement ou, plus généralement, des avantages attachés à l'exercice de celle-ci. De plus elle est obligée de payer des frais qui sont la conséquence du délit ou du quasi-délit dont elle a été victime, par exemple les frais de médecin, de pharmacien. Le droit de demander de ce chef des dommages-intérêts n'est nullement fondé sur un intérêt moral, ou, dans tous les cas, on ne peut pas dire que l'intérêt sur lequel il est fondé est surtout moral. L'action qui est intentée pour obtenir ces dommages-intérêts n'est point une action *vindictam spirans*. Elle a surtout pour objet la réparation d'un préjudice pécuniaire, qui consiste soit dans une diminution de patrimoine, soit dans un gain manqué, soit même dans ces deux éléments à la fois. Quand l'action dont nous parlons se justifie par un préjudice matériel, il nous semble rationnel de l'assimiler à l'action en dommages-intérêts fondée sur un délit ou un quasi-délit commis contre les biens (1).

Nous ferons observer, en dernier lieu, que, lorsque l'indemnité est due à raison d'un dommage pécuniaire causé par un quasi-délit, c'est-à-dire par un fait qui ne suppose pas chez son auteur l'intention de nuire, il est particulièrement étrange de faire intervenir l'idée d'action *vindictam spirans*.

626. En terminant, nous examinerons d'une façon spéciale le système proposé par Huc, cet auteur ayant émis, sur la matière, une théorie qui lui est personnelle. Mais, avant de critiquer cette théorie, il nous paraît indispensable de rapporter textuellement les passages où elle est exposée, dussions-nous pour cela faire des citations un peu longues. Nous

(1) *Sic* Labbé, note dans S., 81.2.21. — *Adde* Laborde, *Cours de dr. crim.*, n. 682 *in fine*.

risquerions, en effet, de dénaturer les idées de Huc, si nous ne reproduisions pas les expressions mêmes dont il s'est servi : « Le champ d'application de l'art. 1166, dit-il, doit être restreint aux droits et actions existant dans le patrimoine, pouvant à ce titre faire partie du gage commun des créanciers et *non susceptibles des voies ordinaires d'exécution*.

» Toutes les actions présentant ce caractère seront exerçables, *à moins qu'elles ne soient attachées à la personne*. C'est là l'*exception* » (1). Plus loin, déterminant l'exception ou les exceptions que comporte, d'après lui, la règle écrite dans l'art. 1166, Huc s'exprime ainsi : « Nous en trouvons deux ; les créanciers ne pourront pas exercer : 1° certains droits et actions déclarés insaisissables pour des motifs divers (art. 580 et 581 C. pr. civ.) ; 2° les droits qui sont exclusivement attachés à la personne.

. . . . . .

» Nous placerons au nombre des droits attachés à la personne : 1° le droit de demander la séparation de biens sans le consentement de la femme ; 2° le droit de présentation accordé au titulaire d'un office par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816.

» Nous placerons au nombre des droits insaisissables : 1° les actions relatives aux objets et créances que le Code de procédure civile déclare insaisissables (art. 580 et 592 C. pr. civ.). Ainsi, par exemple, les actions en restitution qui peuvent appartenir au débiteur, concernant les objets mobiliers énumérés dans l'art. 592 et se trouvant entre les mains d'un tiers. Si ces objets se trouvaient, en effet, en la possession du débiteur, ils ne pourraient pas être saisis par les créanciers de ce dernier. Or l'action que lesdits créanciers voudraient exercer en vertu de l'art. 1166 aurait uniquement pour but de faire rentrer ces objets en la possession du débiteur pour pouvoir en effectuer la saisie. Donc une telle action n'est pas exerçable ; 2° les actions relatives à la propriété des rentes sur l'Etat et de leurs arrérages, rentes

(1) Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 199, p. 271 ; *Tr. de la cession*, I, n. 99, p. 143.

déclarées insaisissables par les lois des 8 nivôse an VI et 22 floréal an VII; 3° les actions relatives aux sommes déclarées insaisissables par le donateur ou testateur (art. 581, § 3, C. pr. civ.); 4° les actions relatives aux sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.

. . . . . .

» L'art. 581, §§ 3 et 4, dont nous venons de parler, statue pour le cas de saisie-arrêt. Or, nous avons vu que la saisie-arrêt n'est pas, comme on l'a dit, la forme unique de l'exercice des droits résultant de l'art. 1166, en ce qui concerne les créances. L'art. 581 déclare en effet insaisissables, c'est-à-dire non susceptibles de saisie-arrêt, les créances qu'il mentionne dans les paragraphes 3 et 4. Ce n'est pas de ces créances mêmes que nous nous occupons, ni des actions qu'elles engendrent directement, mais, ce qui est bien différent, des actions distinctes qui peuvent être mises en mouvement à leur occasion. Par exemple : à propos d'une pension léguée par testament, indépendamment de l'action directe résultant du testament contre celui qui doit payer la pension, on peut concevoir : l'action en délivrance du legs, une action en nullité dirigée contre un testament postérieur contenant révocation de la pension léguée. Or, de l'insaisissabilité de la créance considérée en elle-même, dans l'espèce de la pension léguée, nous concluons à la non-possibilité de l'exercice, par les créanciers, des autres actions qui s'y rattachent.

» Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, l'action considérée en elle-même aurait parfaitement pu être soumise au droit de gage des créanciers. Mais une disposition de loi en a décidé autrement.

» Nous avons simplement voulu indiquer les principaux droits et actions rentrant dans l'exception formulée par l'art. 1166, sans avoir l'intention d'en dresser le catalogue complet. Mais les omissions commises seront sans inconvénient, si nous pouvons trouver *une formule générale pour désigner quels sont les droits qui peuvent être ou ne pas être exercés par les créanciers.*

» Avant de rechercher les éléments d'une formule, il

importe de constater les résultats acquis dérivant des démonstrations qui précèdent.

» Doivent être considérés comme demeurant tout à fait en dehors de l'application de l'art. 1166 : 1° les actions ayant pour but principal et direct la constatation de l'état des personnes ou d'un droit de famille ; 2° les simples facultés ne se rattachant à l'exercice d'aucun droit contre un tiers ; 3° l'usufruit, comme étant susceptible d'une saisie proprement dite (art. 2204 C. civ.).

» Ce qui revient à dire que l'art. 1166 n'est fait que pour les droits patrimoniaux, les seuls à l'égard desquels on puisse concevoir l'existence d'un droit de gage au profit des créanciers. Donc, lorsque l'art. 1166 déclare que les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, cet article ne parle et ne peut parler que des droits patrimoniaux.

» Mais, parmi les droits patrimoniaux, il en est certains que les créanciers ne peuvent pas exercer, soit :

» 1° Parce qu'ils sont exclusivement attachés à la personne, comme le dit l'art. 1166 ;

» 2° Soit parce qu'ils sont insaisissables, comme le disent les art. 580, 581, 592 C. pr. civ. » (1).

Huc explique un peu plus loin ce que signifient, d'après lui, les expressions *droits exclusivement attachés à la personne :* « L'art. 1166, en déclarant que les créanciers peuvent, d'une manière générale, exercer les droits et actions de leur débiteur, ne fait rien autre chose qu'organiser à l'égard de certains éléments du patrimoine sinon une véritable saisie, tout au moins le préalable d'une saisie qui produira ultérieurement ses effets utiles.

» Donc, lorsque l'art. 1166 déclare que : seront exceptés de cette saisie *les droits attachés à la personne,* il veut tout simplement parler des actions relatives aux droits et objets insaisissables. C'est là le sens naturel de cette locution lorsqu'on l'emploie pour désigner les objets qu'on déclare n'être pas soumis à l'action des créanciers. Voilà donc notre for-

(1) Huc, VII, n. 205-208, p. 277-280, et *Tr. de la cession,* n. 106-109, p. 150-154.

mule trouvée, et remarquons-le bien, elle est fournie par le texte même que nous cherchons à élucider :

» *Sont exclusivement attachés à la personne, au point de* » *vue de l'art. 1166, les droits patrimoniaux déclarés insaisis-* » *sables et les actions qui s'y rattachent* » (1).

Nous tenons à rapprocher de ces passages celui où Huc s'exprime ainsi : « Finalement il faudra toujours réduire la discussion à l'examen de la question de saisissabilité. *Or tous les droits patrimoniaux sont saisissables, voilà la règle. L'insaisissabilité ne peut résulter que d'une déclaration formelle de la loi, ou d'une prohibition d'aliéner comme pour les objets dotaux, ou d'une disposition restrictive dans le genre de celle de l'art. 1446.* La volonté de l'homme ne peut imprimer le caractère d'insaisissabilité à un élément du patrimoine que dans les limites de l'art. 581 C. pr. civ. Toute clause qui se produirait en dehors de ces limites devrait être, suivant les cas, déclarée nulle ou non écrite » (2).

Dégageons de ces développements les propositions qui nous intéressent particulièrement :

Sont soumis à la règle posée par l'art. 1166 tous les droits patrimoniaux saisissables.

Tombent sous l'exception admise par ce même article tous les droits patrimoniaux insaisissables.

Voici donc, selon Huc, la formule générale qui permettra de résoudre les difficultés particulières : le droit dont il s'agit est-il saisissable ou insaisissable ?

Nous doutons fort que ce *criterium* puisse résister à l'épreuve de l'application qu'on en ferait aux divers droits.

Selon Huc, les droits qui peuvent être exercés par les créanciers seraient nécessairement saisissables : « Tous les droits patrimoniaux sont saisissables, voilà la règle ». Or nous ne voyons pas comment on pourrait reconnaître ce caractère au droit de demander l'annulation des engagements pour cause d'erreur, de violence, de dol ou d'incapacité, droit qui, suivant Huc, peut être exercé par les créanciers en

(1) Huc, VII, n. 209, p. 282, et *Tr. de la cession*, n. 116, p. 159.

(2) Huc, *Comment. du dr. C. civ.*, VII, n. 214, p. 287, et *Tr. de la cession*, n. 123 p. 164.

vertu de l'art. 1166 (1). Dira t-on que, par l'effet de l'annulation, la chose qui faisait l'objet de l'obligation rentre dans le patrimoine du débiteur et qu'elle pourra par suite être saisie par les créanciers de ce dernier? Mais cette conséquence ne se produit pas nécessairement. Supposons que l'obligation ait pour objet une chose fongible, par exemple une somme d'argent et qu'on poursuive l'annulation de cette obligation avant qu'elle ait été exécutée : Le jugement qui fera droit à la demande ne réintégrera pas l'objet de l'obligation dans le patrimoine du débiteur, puisque, par hypothèse, cet objet n'en est pas sorti, et qu'il peut même ne pas en faire partie (2). Il faudra, dans ce cas, pour faire apparaître l'idée de saisie, s'attacher à ce fait que l'action a pour effet de sauvegarder l'intégrité de la masse des biens qui pourront être saisis. Mais, en vérité, n'est-ce pas là une façon bien indirecte de justifier l'épithète de saisissable appliquée au droit qu'on fait valoir en exerçant l'action en nullité?

La vérité c'est que le critérium proposé par Huc est de nature à mettre de la confusion dans les idées. C'est ce qui résulte de ce que cet auteur dit lui-même un peu plus haut, dans le passage suivant : « Nous devons maintenant faire observer qu'il existe certains éléments du patrimoine qui font certainement partie du gage commun des créanciers et qui cependant doivent demeurer en dehors de l'application de l'art. 1166, par la raison bien simple que cet article n'a pas été fait pour eux.

» L'art. 1166 a été édicté, en effet, pour permettre aux créanciers d'atteindre certains éléments du patrimoine de

(1) Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 202, p. 274 *in fine*, et *Tr. de la cession*, n. 163, p. 147 *in fine*.

(2) Exemple : Sous l'influence du dol, je me suis engagé à livrer un certain nombre de barriques de vin, alors que je n'en possède pas une seule. D'autre part, je suis propriétaire de quelques biens, mais je n'ai pas de numéraire. Mes créanciers veulent faire annuler mon engagement en vertu de l'art. 1166. Ils le peuvent certainement. Mais pourquoi? Parce qu'il s'agit ici d'un droit saisissable, répond Huc. A quel point de vue? Nous ne trouvons qu'une explication : ce droit est saisissable parce que son exercice tend à maintenir dans le patrimoine du débiteur les biens que celui-ci aurait vendus afin de se procurer l'argent nécessaire pour acheter le vin qu'il doit livrer en exécution de l'obligation annulable, et que les biens ainsi maintenus dans ce patrimoine pourront être saisis !

leur débiteur *qui ne sont pas susceptibles des voies ordinaires d'exécution. L'exercice autorisé par l'art. 1166 constitue une saisie d'un genre particulier ou tout au moins le préalable d'une exécution. Il suit de là... que l'art. 1166 ne concerne pas les éléments du patrimoine qui peuvent faire l'objet d'une saisie proprement dite* » (1). Ainsi les droits qui rentrent dans la règle posée par l'art. 1166 ne sont pas susceptibles d'une véritable saisie, mais seulement de cette *saisie particulière* qui résulte précisément de l'exercice de ces droits par les créanciers. Mais, s'il en est ainsi, le critérium donné par Huc a toutes les apparences d'un cercle vicieux !

III. *Des conditions requises pour l'exercice de l'action indirecte.*

627. Le droit, pour les créanciers, d'exercer les actions de leur débiteur est subordonné à certaines conditions. Sans doute, le législateur n'en exige expressément aucune. Mais il en est qui résultent de la nature même du droit reconnu par l'art. 1166. Celles-ci, par la force même des choses, doivent être admises. Quant aux autres, il faut, à raison du silence de la loi, les repousser (2).

Les conditions nécessaires pour que les créanciers puissent invoquer la disposition de l'art. 1166 peuvent être ramenées à deux. Il faut : 1° que les créanciers aient un intérêt à exercer l'action indirecte ; 2° que les créances de ceux qui invoquent l'art. 1166 soient exigibles.

628. En premier lieu, il faut que les créanciers aient un intérêt à exercer l'action indirecte. Il n'en est ainsi que lorsque l'exercice de cette action tend à leur faire obtenir leur paiement dans la suite. C'est au juge qu'il appartient de constater si les créanciers poursuivent véritablement ce but et s'ils peuvent l'atteindre (3).

(1) Huc, *Comment. du C. civ.*, VII, n. 198, p. 271, et *Tr. de la cession*, I, n. 98, p. 142.

(2) *Sic* Laurent, XVI, n. 391.

(3) *Sic* Larombière, II, p. 193 (art. 1166, n. 21); Demolombe, XXV, n. 97; Laurent, XVI, n. 394; Garsonnet, *Tr. de proc. civ.*, 2e édit., I, § 311, p 522, note 1, Planiol, II, 1re édit., n. 306, 2e et 3e édit., n. 287-1°; Aubry et Rau, 5e édit., IV,

Il résulte de cette idée générale la conséquence suivante : Les créanciers ne peuvent agir en vertu de l'art. 1166 que si le débiteur refuse ou tout au moins néglige d'exercer son droit. C'est bien en ce sens que Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, interprète la loi (1). On conçoit facilement, au surplus, que cette condition soit essentielle. L'art. 1166, ainsi que nous l'avons expliqué, donne simplement aux créanciers un moyen d'obtenir le même résultat que si le débiteur avait agi lui-même. C'est, par suite, l'abstention de celui-ci qui rend utile l'intervention des créanciers. Seule, elle fait naître pour ces derniers un intérêt à se prévaloir de l'art. 1166. Si donc le débiteur ne néglige ou ne refuse pas d'agir, les créanciers, faute d'intérêt, n'ont pas l'action indirecte (2).

Toutefois, si les créanciers n'ont pas le droit d'exercer au nom de leur débiteur les actions qu'il a lui-même intentées,

p. 197, note 3 *bis*. — Civ. rej., 26 juil. 1854, S., 54. 1. 563, D. P., 54. 1. 303. — Req., 24 fév. 1869, D. P., 70. 1. 64. — Dijon, 27 déc. 1871, S., 71. 2. 277, D. P., 72. 2. 137, et, sur pourvoi, Req., 13 janv. 1873, S., 73. 1. 145, D. P., 73. 1. 151.— Trib. Lyon, 14 fév. 1874, joint à Req., 2 mars 1875, S., 75. 1. 220, D. P., 75. 1. 147. — Civ. rej., 9 mars 1896, S., 97. 1. 225, D. P., 96. 1. 392. — Cpr. Douai, 13 nov. 1852, D. P., 56. 2. 21.

(1) « Celui qui contracte des dettes, dit Bigot-Préameneu, engage tous ses biens. Ce gage serait illusoire si, au préjudice de ses créanciers, il *négligeait* d'exercer ses droits ». Fenet, XIII, p. 238; Locré, XII, p. 336, n. 52.

(2) *Sic* Laurent, XVI, n. 392; Garsonnet, *op. cit.*, I, 2e édit., § 310, p. 521, note 3; Planiol, II, 1re édit., n. 308, 2e et 3e édit., n. 287-3°. — Req., 8 déc. 1825, S. chr., VIII. I, 233, D. P., 26 1. 169. — Rouen, 1er déc. 1852, S., 53. 2. 330, D. P., 53. 2. 244, et, sur pourvoi, Civ. rej., 26 juil. 1854, S., 54. 1. 563. — Civ. rej., 10 janv. 1855, S., 55. 1. 15, D. P., 55 1. 168. — Trib. Bruxelles, 7 août 1867, *Belg. judic.*, XXV (1867), p. 1422. — Bruxelles, 12 avril 1869, *Belg. judic.*, XXVII (1869), p. 627. — Dijon, 27 déc. 1871, S., 71. 2. 277, D. P., 72. 2. 137. — Orléans, 16 août 1882, D. P., 84. 2. 36. — Civ. rej., 14 avril 1886, S., 87. 1. 77, D. P., 86. 1. 220, *Pand. franç. pér.*, 87. 1. 252. — Bordeaux, 23 mai 1893, D. P., 94. 2. 148. — Grenoble, 30 déc. 1896, D. P., 97. 2. 238. — Amiens, 6 août 1901, D. P., 1903. 2. 21. — V. toutefois Req., 29 juil. 1867, S., 67. 1. 403, D. P., 68. 1. 35. — Cpr. Marcadé, IV, n. 493; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 118, 5e édit., p. 196; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-IV; Demolombe, XXV, n. 94; Thiry, II, n. 640, p. 625. — Il a été fort bien jugé que l'action, intentée par un créancier, en partage de la succession échue à son débiteur, doit être déclarée nulle, quand elle est formée avant l'acceptation et avant l'expiration des délais accordés à l'héritier pour faire inventaire et délibérer. Ces délais sont d'ordre public, et dans aucun cas l'héritier ne saurait en être privé; celui-ci n'ayant pas pris parti et n'étant pas encore arrivé à l'époque où l'on pourrait l'y contraindre, l'action que le créancier prétend exercer n'existe pas encore. — Agen, 28 janv. 1896, D. P., 97. 1. 418 (note de Loynes).

ils peuvent toujours, afin de prévenir les collusions, intervenir à leurs frais dans les instances par lui introduites. Ce droit découle pour eux de la disposition de l'art. 1167, et, en le consacrant dans les articles 618, al. 2, 865, 882 et 1447, la loi n'a fait qu'appliquer un principe général (1).

Au reste l'exercice, par un créancier, des droits de son débiteur ne confère pas à cet égard, audit créancier, un droit exclusif faisant obstacle à ce que le créancier puisse exercer par lui-même le droit qui lui appartient. Celui-ci peut donc, en exerçant le droit dont son créancier s'est déjà prévalu en son nom, arrêter l'action indirecte. Ainsi la demande en partage d'une succession, introduite par un créancier du chef de son débiteur, devient sans objet à partir du moment où ce dernier procède à un partage amiable avec ses cohéritiers et les frais faits ultérieurement sur les poursuites du créancier doivent rester à sa charge (2).

629. Il faut, en second lieu, que la créance de celui qui invoque l'art. 1166 soit exigible. Cela résulte de ce que l'exercice, par les créanciers, des droits de leur débiteur est plus qu'un acte conservatoire. Les actes de cette dernière nature supposent, ainsi que leur nom même l'indique, le maintien du *statu quo;* ils excluent toute idée de transformation ; or, l'exercice d'une action du débiteur amène un changement dans le patrimoine de celui-ci, puisqu'il substitue une valeur réalisée à une valeur réalisable (3).

(1) *Sic* Pigeau, I, p. 415; Carré et Chauveau, sur l'art. 339 C. pr. civ.; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 117, 5e édit., p. 194; Larombière, II, p. 208 (art. 1166, n. 34); Demolombe, XXV, n. 95; Laurent, XVI, n. 390; Vigié, II, n. 1231, p. 554; Thiry, II, n. 640, p. 625; Huc, VII, n. 186, p. 257. — Orléans, 16 août 1882, D. P., 84. 2. 36. — Lyon, 22 mai 1885, *Pand. franç. pér.*, 86. 2. 362. — Civ. cass., 30 juil. 1900, S., 1902. 1. 225. — V. aussi Garsonnet, *op. cit.*, III, 2e édit., § 935, p. 217-219.

(2) Amiens, 6 août 1901, précité.

(3) *Sic* Marcadé, IV, n. 493; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-III; Labbé, *De l'exercice des droits du débiteur par son créancier*, n. 18 *in fine* et 19, *Rev. crit.*, IX, 6e année (1856), p. 218 et 219; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 120, 5e édit., 197 et p. 199; Demolombe, XXV, n. 100; Laurent, XVI, n. 393; Vigié, II, n. 1229, p. 552; Thiry, II, n. 640, p. 625; Huc, VII, n. 186, p. 257; Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., I, § 311, p. 522; Planiol, II, 1re édit., n. 307, 2e et 3e édit., n. 287-2o. — Trib. civ. Toulouse, 2 avril 1890, *Gaz. des Trib. du Midi*, 27 avril 1890. — *Contra* Mourlon, II, n. 1171, note 2; Larombière, II, p. 193 (art. 1166, n. 21). — A plus

630. Telles sont les seules conditions requises, car ce sont les seules qui soient justifiées par la nature même du droit conféré aux créanciers par l'art. 1166.

De là plusieurs déductions :

1° Les créanciers peuvent agir en vertu de l'art. 1166 même lorsqu'ils sont antérieurs en date à l'acquisition, par le débiteur, du droit qu'ils exercent. On ne peut pas, dans ce cas, leur objecter qu'au moment où ils ont traité avec le débiteur, ils ne pouvaient pas compter sur le bien que l'action indirecte doit faire entrer dans le patrimoine de celui-ci. D'abord l'objection n'aurait pas de sens au regard de ceux dont les créances ne résultent pas de conventions ou tout au moins de quasi-contrats dont ils auraient eu l'initiative. Mais elle ne serait même pas fondée quant à ceux dont les créances résulteraient d'actes juridiques d'une de ces deux catégories. C'est qu'en effet, nous le rappelons, la disposition de l'art. 1166 n'est que le complément de celle de l'art. 2093. Or le droit de gage que cette dernière disposition confère aux créanciers, n'est pas un droit réel sur des biens envisagés individuellement, mais simplement le droit de saisir et de faire vendre les biens quelconques dont le débiteur sera propriétaire au moment où les créanciers voudront obtenir leur paiement par la voie de l'expropriation. De même, par suite, que les créanciers doivent subir les aliénations que le débiteur consent avant la saisie, de même ils profitent des acquisitions qu'il fait postérieurement à la naissance de leur droit. Ainsi, au point de vue de l'art. 2093, on n'a pas à distinguer entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs. Il n'y a donc pas lieu de faire cette distinction relativement à l'action indirecte, celle-ci n'étant qu'un acheminement vers l'exercice du droit de gage consacré par l'art. 2093.

Les mêmes principes nous amènent à décider que les créanciers qui se prévalent de l'art. 1166, agissant non pas en leur nom personnel, mais du chef de leur débiteur, sont

forte raison, l'action indirecte n'appartient-elle pas à ceux qui n'ont pas une créance née et actuelle, mais seulement une espérance, une éventualité de créance. — Huc, VII, n. 185. — Liège, 13 déc. 1871, *Pasicr.*, 72. 100. — Lyon, 22 mai 1885, *Pand. fr. pér.*, 86. 2. 362. — Cpr. Montpellier, 1er mai 1888, D. P., 88. 2. 292.

admis à critiquer par cette voie les actes que ce dernier a passés avant la naissance de leurs créances (1).

631. 2° Les créanciers ne sont pas non recevables à agir en vertu de l'art. 1166 parce qu'ils ont une action personnelle qui leur permettrait d'atteindre le même but. Ils ne sont pas tenus, en effet, d'intenter préalablement cette dernière. D'une part, aucun texte de loi ne le prescrit, et, d'autre part, la nécessité d'une pareille condition ne découle pas de la nature du droit consacré par l'art. 1166 (2).

632. 3° Il n'est pas nécessaire, pour que les créanciers puissent exercer l'action indirecte, qu'ils aient un titre exécutoire; car, en agissant en vertu de l'art. 1166, ils ne mettent pas encore la main sur des biens de leur débiteur; ils travaillent simplement à faire entrer un bien dans le patrimoine de celui-ci pour le saisir ensuite; l'action qu'ils exercent est voisine de l'exécution, elle en est le préliminaire, mais elle ne constitue pas un acte d'exécution. Or, c'est pour l'exécution seulement que la loi exige un titre exécutoire.

Au surplus, cette solution trouve un point d'appui dans la disposition de l'art. 557 du C. de pr. civ. On peut, sans titre exécutoire, faire pratiquer une saisie-arrêt. Et cependant, non seulement la saisie-arrêt présente une grande analogie avec l'exercice, par les créanciers, des droits du débiteur, mais elle constitue une mesure plus énergique.

On a invoqué la tradition en faveur de l'opinion contraire (3), mais son autorité ne peut pas l'emporter sur celle des principes consacrés par notre législation (4).

(1) V. dans ce sens Massé et Vergé sur Zachariæ, III. p. 408; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-II; Larombière, II, p. 193 (art. 1166, n. 21); Demolombe, XXV, n. 99; Laurent, XVI, n. 396. — Limoges, 13 fév. 1828, S. chr., IX. 2. 30, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 895. — Bourges, 1er fév. 1831, S., 31. 1. 254, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 895-3°, *Contr. de mar.*, n. 1124. — Civ. rej., 4 juil. 1854, S., 54. 1. 785, D. P., 54. 1. 403. — V. aussi Bruxelles, 11 juil. 1877, *Pasicr.*, 77, p. 298. — Trib. Bruxelles, 8 août 1878, *Pasicr.*, 79, p. 10. — Il suffit donc que les créances de ceux qui agissent en vertu de l'art. 1166 soient constantes; il n'est pas nécessaire qu'elles aient date certaine. — V. les auteurs précités.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 120, 5e édit., p. 199; Larombière, II, p. 193 (art. 1166, n. 21); Laurent, XVI, n. 389. — Civ. cass., 25 janv. 1865, S., 65. 1. 68, D. P., 65. 1. 162. — Cpr. Civ. cass., 30 mai 1877, S., 78. 1. 102, D. P., 78. 1. 109.

(3) Labbé, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 218, n. 18 et 19.

(4) Dans ce sens, Larombière, II, p. 193 (art. 1166, n. 21); Demolombe, XXV,

633. 4° Avant d'exercer l'action indirecte, les créanciers ne sont pas tenus de mettre le débiteur en demeure d'agir; la loi n'exige nulle part cette formalité. Sans doute, le droit pour les créanciers d'invoquer l'art. 1166 est subordonné à l'inaction du débiteur; mais, pour que celle-ci soit constatée, il n'est pas besoin d'une mise en demeure; car, si le débiteur s'est déjà attaqué à son propre débiteur quand les créanciers entament la poursuite, ce dernier ne manquera pas de leur opposer de ce chef une fin de non-recevoir.

A l'appui de l'opinion contraire, on a prétendu puiser un argument d'analogie dans le troisième alinéa de l'art. 49 de la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale. Aux termes de cette disposition, qui est reproduite littéralement dans l'art. 123 de la loi du 5 avril 1884, les contribuables, inscrits aux rôles de la commune, peuvent exercer les actions qu'ils croient lui appartenir ou appartenir à la section de commune; mais, pour cela, il faut que certaines conditions soient remplies et notamment que la commune ou section, *préalablement appelée à en délibérer*, ait refusé ou négligé d'exercer l'action dont il s'agit. Mais cette exigence de la loi municipale rentre dans un système de tutelle administrative absolument étranger au droit civil, et ne saurait être, par suite, d'aucun secours pour l'interprétation de l'art. 1166 (1).

634. 5° Il n'est pas, non plus, nécessaire que les créan-

n. 101; Laurent, XVI, n. 395; Vigié, II, n. 1230, p. 553; Planiol, II, 1re édit., n. 309; 2e et 3e édit., n. 288.— Bordeaux, 5 déc. 1835, D. P., 36. 2. 102 et D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 893. — Civ. cass., 1er juin 1858, D. P., 58. 1. 236. — Dijon, 26 janv. 1870, D. P., 71. 2. 46. — Alger, 17 janvier 1900, *Loi*, 4 juillet 1900.— Req., 8 juillet 1901, S., 1902. 1. 113 (note conforme de M. Lyon-Caen), D. P., 1901. 1. 498, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 283. — V. aussi Civ. cass., 1er juin 1858, S., 59. 1. 417, D. P., 58. 1. 236. — *Rev. trim. de dr. civ.*, 1re année (1902), p. 405. — Charmont, *Examen doctrinal, Jurisprudence civile, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LIIe année, nouv. série, XXXII (1903), p. 7-12.

(1) *Sic* Larombière, II, p. 193 (art. 1166, n. 21); Laurent, XVI, n. 392; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 196, note 2; Vigié, II, n. 1227, p. 551. — Bruxelles, 25 juil. 1870, *Pasicr.*, 71. 196. — Alger, 17 janvier 1900, *Loi*, 4 juillet 1900. — Cpr. Grenoble, 24 mai 1867, S., 68. 2. 104. — Nîmes, 31 déc. 1879, D. P., 80. 2 246. — *Contra* Marcadé, IV, n. 493; Labbé, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 218, n. 18; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-IV; Demolombe, XXV, n. 102 et 103; Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., I, § 311, p. 523. — Rouen, 1er déc. 1852, S., 53. 2. 330, D. P., 53. 2. 244. — Cpr. Thiry, II, n. 640, p. 625.

ciers, faute par le débiteur de consentir à ce qu'ils intentent l'action indirecte, se fassent subroger par justice dans le droit de celui-ci. Ce serait ajouter à la loi que d'exiger dans ce cas une autorisation judiciaire. Un créancier, a-t-on objecté, ne peut pas, de sa propre autorité, s'emparer d'un bien appartenant à son débiteur. Ce serait *une invasion illicite* dans les droits de celui-ci, *une voie de fait*. Mais cette appréciation est absolument erronée. Le créancier qui agit en vertu de l'art. 1166 ne s'empare d'aucun bien appartenant à son débiteur ; il cherche seulement à faire entrer un bien dans le patrimoine de celui-ci, et, plus tard, s'il y réussit, il agira suivant les règles du droit commun pour obtenir son paiement sur le prix de ce bien. Ainsi, dans l'exercice de l'action indirecte, il n'y a rien qui ressemble à une voie de fait.

D'ailleurs, dans le système qui exige la subrogation judiciaire, il est impossible de déterminer quel doit être, quant à elle, le pouvoir du juge. Si on décide que les tribunaux auront le droit de la refuser, on leur reconnaît un pouvoir exorbitant qui n'est fondé sur aucune disposition légale ; et, si on estime qu'ils doivent toujours l'accorder, leur autorisation ne présentera aucune garantie. Au surplus, le juge ne peut donner des autorisations que lorsque le législateur lui en confère le droit par une disposition spéciale, et, ici, tel n'est pas le cas.

On objecte la disposition de l'art. 788, aux termes de laquelle les créanciers qui ont fait annuler une renonciation à succession faite à leur préjudice par leur débiteur, doivent se faire autoriser par justice à accepter la succession du chef de ce dernier. Cette disposition, qui est simplement, dit-on, l'application d'un principe général, consacre la nécessité d'une subrogation judiciaire pour tous les cas où les créanciers veulent exercer les droits et actions de leur débiteur. Mais, à notre avis, l'art. 788 n'a pas la portée qu'on lui prête : il suppose, en effet, qu'il est nécessaire de faire annuler la renonciation faite par le débiteur. Donc, par hypothèse, cette renonciation a été suivie de l'acceptation de la succession par un autre héritier. Sans quoi, les créanciers du renonçant n'auraient pas besoin de faire annuler la renonciation. Ils

n'auraient qu'à exercer le droit que l'art. 790 accorde au renonçant d'accepter la succession tant que la prescription n'est pas acquise contre lui. Cela posé, il est évident que, dans le cas visé par l'art. 788, il y a des raisons toutes spéciales d'exiger l'intervention préalable de la justice. Dans ce cas, en effet, après que la renonciation a été annulée, il ne s'agit pas seulement, pour les créanciers, d'exercer le droit de leur débiteur, mais de l'exercer à l'encontre de l'héritier qui a accepté, c'est-à-dire à l'encontre d'un tiers qui n'est pas l'ayant cause du débiteur et qui avait acquis la succession dans des conditions absolument régulières. L'art. 788 régit donc une situation particulièrement grave et ne saurait être considéré comme l'application de la règle générale (1).

Rien n'oblige, d'ailleurs, afin d'expliquer le droit pour les créanciers d'agir *de plano*, de dire qu'ils sont censés avoir reçu du débiteur un mandat général d'exercer en son nom les droits qu'il négligerait d'exercer lui-même. Nous disons qu'il y a autorisation légale, mais non pas mandat légal, et, par conséquent, il ne résulte point de notre théorie que les jugements rendus contre les créanciers aient force de chose jugée au regard du débiteur (2).

(1) Cette réfutation nous paraît préférable à celle que propose Laurent (XVI, n. 397 *in fine*, p. 456), et dont Thiry a très bien démontré la faiblesse (II, p. 627).

(2) V. dans ce sens, Bonnier, *De la nature du droit établi par l'art. 1166*, *Rev. prat.*, I, p. 98; Valette, cité par Mourlon, II, n. 1171; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 554, note 1; Labbé, *op. cit.*, n. 18 s. (p. 217 s.); Larombière, II, p. 194 (art. 1166, n. 22); Demolombe, XXV, n. 106; Laurent, XVI, n. 397; Garsonnet, *op. cit.*, I, § 311, p. 523, note 5; Vigié, II, n. 1232, p. 554 *in fine*; Huc, VII, n. 186, p. 258; Planiol, II, 1re édit., n. 310, 2e et 3e édit., n. 289. — Civ. rej., 23 janvier 1849, S., 49. 1. 193, D. P., 49. 1. 42. — Req., 2 juil. 1851, S., 51. 1. 593, D. P., 52. 1. 20. — Angers, 25 août 1852, S., 52. 2. 587, D. P., 52. 2. 69. — Civ. rej., 26 juil. 1854, S., 54. 1. 563, D. P., 54. 1. 303. — Grenoble, 9 janv. 1858, S., 59. 2. 172. — Guadeloupe, 9 avril 1858, joint à Req., 7 août 1860, S., 61. 1. 257. — Bourges, 21 mai 1859, S., 60. 2. 432, D. P., 61. 5. 327. — Grenoble, 24 mai 1867, S., 68. 2. 104. — Req., 24 fév. 1869, D. P., 70. 1. 64. — Dijon, 26 janv. 1870, D. P., 71. 2. 46. — Bruxelles, 25 juil. 1870, *Pas.*, 71. 2. 196. — Trib. civ. Grenoble, 5 déc. 1888, *Rec. Grenoble*, 89. 1. 167. — Bordeaux, 11 fév. 1890, *Rec. de Bordeaux*, 90. 1. 219. — Trib. Amiens, 19 déc. 1891, *Rec. d'Amiens*, 1892, p. 13. — Trib. civ. Nantes, 27 mai 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 275. — Dijon, 17 fév. 1897, S., 98. 2. 157, D. P., 98. 2. 31. — Trib. civ. Seine, 25 avril 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 444. — Bourges, 7 nov. 1900, D. P., 1902. 2. 124. — Cpr. Bordeaux, 13 déc. 1848, S., 49. 2.

6341. La subrogation judiciaire préalable n'est-elle pas, du moins, nécessaire dans le cas spécial où les créanciers veulent faire pratiquer, en vertu de l'art. 1166, une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers sur les sommes dues par celui ci au débiteur de leur débiteur? Sur cette question bien connue la jurisprudence et la doctrine sont divisées. L'opinion qui repousse la nécessité de la subrogation judiciaire se fonde sur les termes généraux de l'art. 1166. Les contradicteurs objectent que les art. 557 et s. du C. pr. civ. ont organisé la procédure de saisie-arrêt entre trois personnes seulement, à savoir le saisissant, le débiteur saisi et le tiers saisi; que, par suite, le créancier d'un créancier ne saurait faire saisir-arrêter en vertu de l'art. 1166, car, s'il le faisait, la procédure par lui engagée comporterait l'intervention d'une quatrième personne : « Considérant, dit la cour de Paris, dans un arrêt du 10 novembre 1904, que cet article (l'art. 557 C. pr. civ.) suppose trois personnes, entre lesquelles les articles suivants organisent une procédure spéciale, qui permettra au créancier non subrogé de recevoir son paiement des mains d'un tiers qui ne lui doit rien; que la saisie-arrêt apparaît ainsi comme un des cas d'application du principe général formulé dans l'art. 1166 C. civ. : *Primus*, créancier, exerçant contre *Tertius*, tiers saisi, les droits et actions de *Secundus*, débiteur saisi; mais que le législateur a borné au premier degré, pour ainsi dire, la substitution légale d'un débiteur à un autre; que, s'il avait voulu permettre l'intro-

438, D. P., 49. 2. 158. — Mais, en sens contraire, Proudhon, *Usufruit*, IV, n. 2237 s.; Taulier, IV, p. 409; Marcadé, IV, n. 493, *Rev. crit.*, II, p. 341, et V, p. 518; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-V; Arntz, III, n. 83; Thiry, II, n. 640, p. 626. — Orléans, 3 juil. 1847, S , 48. 2. 74, D. P., 47. 2. 181. — Cons. d'Etat, 9 août 1870, Lebon, p. 1011, S., 73. 2. 63. — Parmi les partisans de cette dernière opinion, il en est qui invoquent encore l'autorité de nos vieux auteurs (v. pour les renvois, Marcadé, *loc. cit.*); mais, en réalité, notre ancienne doctrine était divisée sur la question, et nous pouvons citer notamment, dans notre sens, Basnage, sur l'art. 345 de la Cout. de Normandie. — Aubry et Rau proposent une distinction dont l'un des deux termes est absolument étranger à la situation prévue par l'art. 1166. Nous nous dispenserons de la réfuter à raison de son caractère arbitraire. V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 118-120, texte et note 4, et 11, 5e édit., p. 197-200, texte et note 4 et 11, et, pour la critique de leur théorie, Laurent, XVI, n. 398 et 399.

duction d'une quatrième personne dans la saisie-arrêt, il l'eût certainement dit, et il aurait organisé la procédure nécessitée par cette nouvelle évolution du droit initial et par les complications auxquelles elle pouvait donner naissance; que la saisie-arrêt est une mainmise sur des biens non affectés à la sûreté de la créance et qu'on s'explique bien que la loi n'ait pas voulu étendre outre mesure les inconvénients généraux et particuliers de cette prise de possession; que permettre de saisir-arrêter ès-mains d'un débiteur du débiteur de son débiteur serait donner à l'art. 557 une extension à laquelle répugnent son texte et son esprit » (1). Mais, dans ce système, si les créanciers commencent par se faire subroger, ils peuvent procéder à la saisie-arrêt, car ils remplissent alors les conditions voulues à cet effet (2).

A notre avis, ni les termes ni l'esprit des art. 557 s. C. pr. civ. n'autorisent cette interprétation. Comme le fait observer la cour de Chambéry, dans un arrêt du 13 mai 1902 : « Si la loi exige, pour que la saisie-arrêt produise ses effets, la mise en cause des trois personnes ci-dessus, on ne peut en conclure que l'intervention d'une quatrième personne est impossible, lorsque les circonstances rendent cette intervention nécessaire ou utile ». La subrogation judiciaire, d'ailleurs, n'ajouterait rien au droit que les créanciers tiennent de l'art. 1166 « et n'aurait d'autre effet que d'entraîner des complications de procédure et des frais inutiles » (3).

(1) *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 624, *Droit*, 25 nov. 1904.

(2) D. P., 1903. 2. 236.

(3) *Sic* Pigeau, *Comment. du Code de proc.*, II, p. 154; Roger, *Tr. de la saisie-arrêt*, n. 127; Boulet et Dubouloz, *Code de la saisie-arrêt*, n. 59; César-Bru, *Tr. de la procédure des voies d'exécution*, n. 75, p. 46, note 1. — Trib. civ. de la Seine, 12 janv. 1876, *Journ. des avoués*, t. CI, 1876, p. 382. — Dijon, 17 fév. 1897, S., 98. 2. 157, D. P., 98. 2. 31, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 506. — Chambéry, 13 mai 1902, précité. — *Contra* Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 44; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 11; Deffaux et Harel, *Encyclopédie des huissiers*, v° *Saisie-arrêt*, n. 40; Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civile et commerciale*, quest. 1929 *bis*. — Rouen, 23 nov. 1838, D., *Répert. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 59. — Bordeaux, 3 janv. 1839, S., 39. 2. 226, D., *op. cit.*, v° *Obligations*, n. 946. — Orléans, 7 juin 1855, S., 55. 2. 487, D. P., 56. 2. 111. — Trib. d'Evreux, 13 mars 1878, *Journ. des avoués*, t. 103, 1878, p. 261. — Poitiers (motifs), 24 janv. 1889, S., 89. 2. 182, D. P., 90. 2. 97. — Paris, 7 fév. 1902, D. P., 1903. 2. 236, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 557, *Gaz. Trib.*, 2e part., 1902. 1. 297; 10 nov. 1904, précité.

635. 6° Toujours en nous fondant sur ce principe que les seules conditions requises pour l'exercice du droit consacré par l'art. 1166 sont celles qui résultent de la nature même de ce droit, nous déciderons que les créanciers ne sont pas obligés, lorsqu'ils intentent l'action indirecte, de mettre en cause le débiteur. Nous entendons par là qu'en se dispensant de cette mise en cause, ils ne se rendent pas non recevables dans leur poursuite (1). Mais, évidemment, afin que la décision à intervenir soit opposable au débiteur, il est de leur intérêt de l'appeler dans l'instance, et, en pratique, les créanciers n'y manquent presque jamais (2).

D'autre part, les tiers contre lesquels les créanciers agissent au nom de leur débiteur ont toujours le droit de le mettre en cause, s'ils le jugent à propos (3).

636. 7° Lorsque le débiteur est un incapable, les créanciers qui se prévalent de l'art. 1166 ne sont pas tenus de remplir les conditions spéciales qui sont exigées par la loi pour la validité des actes accomplis par lui ou par ses représentants légaux.

C'est ce qui a été décidé dans deux espèces où un créancier avait formé, en vertu de l'art. 1166, une action relative aux droits immobiliers de mineurs, ses débiteurs, sans avoir

(1) V. dans ce sens, Laurent, XVI, n. 400; Planiol, II, 1re éd., n. 311, 2e et 3e éd., n. 290. — Civ. rej., 23 janv. 1849, Bourges, 21 mai 1859, Trib. civ. Amiens, 19 déc. 1891, Trib. civ. Nantes, 27 mai 1896, et Trib. civ. Seine, 25 avril 1899, précités. — Caen, 29 déc. 1870, S., 71. 2. 265. — Trib. civ. Seine, 26 déc. 1904, *Droit*, 14 mars 1905. — Cpr. Trib. com. Seine, 28 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 358. — V. toutefois, pour la nécessité de la mise en cause, Demolombe, XXV, n. 107. — Ce dernier auteur invoque ici encore l'art. 49 de la loi municipale du 18 juillet 1837 qui est reproduit, nous l'avons dit, dans l'art. 123 de la loi du 5 avril 1884. Aux termes du 4e alinéa de ces deux textes : « La commune ou section de commune *sera mise en cause*; et la décision qui interviendra aura effet à son égard ». Demolombe estime que cette disposition est de droit commun et qu'il faut, par suite, la généraliser en l'appliquant notamment en matière civile. Cette opinion est inexacte. La disposition que nous venons de citer a un caractère tout différent : elle s'explique par les mêmes considérations spéciales que celle du troisième alinéa des mêmes textes. V. *supra*, n. 633. — Rapprochez de l'opinion de Demolombe celle de Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., I, § 311, p. 523 *in fine*, 524, texte et note 9.

(2) Laurent, Planiol, *loc. cit.*

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 120, 5e éd., p. 199; Demolombe, XXV, n. 108.

requis l'autorisation du conseil de famille conformément à l'art. 464 [1], et dans une autre espèce où le créancier d'une femme mariée avait, du chef de sa débitrice, agi contre le mari de celle-ci, sans s'être fait autoriser conformément aux art. 215 et 218 [2]. Du moment que l'exercice, par les créanciers, des droits de l'incapable est le préliminaire indispensable de la saisie qui sera faite au préjudice de ce dernier, l'accomplissement des formalités prescrites à raison de l'incapacité ne doit pas plus être requis pour l'introduction de l'action indirecte que pour la saisie même [3]. Il faut d'autant moins hésiter à se prononcer dans ce sens que le jugement rendu sur la demande formée par les créanciers ne saurait préjudicier à l'incapable, à moins qu'il ne soit mis en cause [4].

IV. *Des effets de l'exercice par les créanciers des droits du débiteur.*

637. Les créanciers qui introduisent une action en vertu de l'art. 1166, exercent le droit de leur débiteur. Ils ne sont point les mandataires de ce dernier, car ils agissent dans leur intérêt. Mais il n'en est pas moins vrai que le droit exercé par eux est celui du débiteur et qu'ils l'exercent au nom de ce dernier. Le défendeur doit donc se trouver dans la même situation que s'il était en présence du débiteur.

638. D'où cette conséquence que le défendeur peut opposer aux créanciers tous les moyens et exceptions qu'il pourrait faire valoir contre le débiteur même [5].

Ainsi, quand les créanciers exercent du chef de celui-ci

(1) Douai, 24 mai 1854, S., 54. 2. 433, D. P., 55. 2. 51. — Bourges, 7 nov. 1900, D. P., 1902. 2. 124.

(2) Poitiers, 12 déc. 1887, S., 88. 2. 32, D. P., 89. 2. 113.

(3) *Sic* Demolombe, XXV, n. 109; Huc, VII, n. 202, p. 275. — Cpr. Trib. civ. Nantes, 27 mai 1896, précité. — *Contra* Laurent, XVI, n. 387, p. 447.

(4) V. *infra*, n. 643.

(5) Merlin, *Quest.*, v° *Hypothèques*, § 4, n. 6; Toullier, VII, n. 568; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 121, 5e édit., p. 201; Demolombe, XXV, n. 116; Laurent, XVI, n. 401; Arntz, III, n. 85; Huc, VII, n. 186; Planiol, II, 1re édit., n. 312, 2e et 3e édit., n. 291. — Bruxelles, 26 juin 1847, *Pasicr.*, 48. 5. — Civ. rej., 23 mai 1855, S., 55. 1. 417, D. P., 55. 1. 198. — Civ. cass., 10 juill. 1867, S., 67. 1. 443, D. P., 67. 1. 344. — Trib. Bruges, 7 fév. 1877, *Pasicr.*, 78. 391. — Req., 10 juill. 1877, S., 80. 1. 171. — Lyon, 30 juin 1887, D. P., 88. 2. 59.

une action en nullité, le défendeur est certainement recevable à leur opposer l'exception déduite de la confirmation, par le débiteur, de l'acte attaqué (1).

De même, dans le cas où les créanciers forment une demande en partage en vertu de l'art. 2205, dont la disposition, d'après la jurisprudence, n'est qu'une application du principe de l'art. 1166 (2), les défendeurs peuvent se prévaloir contre eux du pacte d'indivision conclu entre le débiteur et ses cohéritiers (3).

De même encore, lorsque le mari qui a consenti sans le concours de sa femme la vente d'un immeuble appartenant à celle-ci, est devenu, dans la suite, propriétaire de cet immeuble, l'action que ses créanciers formeraient, en vertu de l'art. 1166, pour faire annuler cette vente, doit être repoussée en vertu de la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (4).

Pareillement, le créancier qui agit en vertu de l'art. 1166, ne pouvant avoir plus de droits que son débiteur, doit être déclaré mal fondé dans sa demande en nullité de la vente d'un immeuble dotal (5), quand son débiteur, héritier de la femme dotale, a, lors de cette vente, garanti l'acquéreur de toutes les causes d'éviction (6).

De même, enfin, le créancier de l'un des administrateurs d'une société anonyme ne geut, en exerçant les droits de son débiteur, agir en responsabilité contre les autres administrateurs de la société, à raison de certaines irrégularités, puisque son débiteur, ayant concouru aux actes incriminés,

(1) Bordeaux, 4 août 1836, S., 37. 2. 100. — Trib. Bruxelles, 7 août 1852, *Journ. enreg.* (belge), n. 5510. — Cpr. Req., 8 mars 1854, S., 54. 1. 684, D. P., 54. 1. 191.

(2) V. notamment Bordeaux, 26 mai 1893, D. P., 94. 2. 48. — Mais, sur point, la doctrine est divisée. V. les autorités en sens divers dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, 1re édit., p. 476, note 2, 2e édit., p. 698, note 1.

(3) Toulouse, 26 juin 1889, D. P., 91. 2. 65. — Cpr. Trib. de La Rochelle, 28 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. *Suppl.* 62.

(4) Grenoble, 10 mai 1892, D. P., 92. 2. 518.

(5) Rappelons que le point de savoir si les créanciers peuvent, en vertu de l'art. 1166, exciper de l'inaliénabilité des immeubles dotaux est l'objet d'une vive controverse. V. *supra*, n. 617.

(6) Bordeaux, 26 nov. 1889, S., 91. 2. 233 (note conforme de M. Lacoste), D. P., 1902. 2. 284. — Rapp. Paris, 28 mars 1901, D. P., *ibid.*

ne saurait être admis à les reprocher aux autres administrateurs [1].

639. A notre avis, les exceptions sont opposables aux créanciers, alors même qu'elles procèdent d'une cause postérieure à l'introduction de l'instance. C'est là une conséquence de cette idée que l'exercice, par les créanciers, d'une action de leur débiteur ne constitue pas une mainmise sur le droit de ce dernier. Mais cette proposition faisant l'objet d'une grave controverse, la conséquence que nous venons d'en tirer est vivement contestée. Nous devons reconnaître que les décisions des cours d'appel sont contre elle. La cour de Bordeaux, par exemple, a jugé que la ratification d'un acte annulable consenti par un des débiteurs après qu'un de ses créanciers a intenté en son nom l'action en nullité, ne rend pas cette action non recevable [2]. La cour de Dijon a également décidé que la renonciation faite par un débiteur à la prescription, alors que celle-ci est opposée par ses créanciers en vertu de l'art. 1166, doit demeurer sans effet à l'égard de ses derniers [3].

Mais, si les créanciers qui se prévalent de la disposition de l'art. 1166 agissent en vue de la mainmise qu'ils se proposent d'opérer dans la suite sur la chose qui forme l'objet du droit de leur débiteur, l'exercice même de l'action indirecte ne doit pas être confondu avec cette mainmise. Il a simplement pour but de remédier à l'inaction du débiteur. Tel est son but, disons-nous. Il n'en a point d'autre. Rien dans la loi n'autorise à prétendre qu'il prive le débiteur de la disposition de son droit. Ainsi les créanciers qui intentent l'action indirecte sont dans la situation où ils se trouveraient si le débiteur agissait, et, par conséquent, toutes les exceptions qui, au cours de l'instance, naissent du chef de celui-ci, leur sont opposables comme au débiteur lui-même [4].

(1) Dijon, 10 fév. 1902, D. P., 1902. 2. 283.

(2) Bordeaux, 26 nov. 1889, S., 91. 2. 233.

(3) Dijon, 20 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 822. — V. aussi Aix, 9 janv. 1832, S., 32. 2. 600.

(4) *Sic* Larombière, II, p. 207 (art. 1166, n. 32); Laurent, XVI, n. 402, p. 461; Planiol, II, 1re édit., n. 312, al. 2, 2e et 3e édit., n. 291, al. 2. — *Contra* Demolombe, XXV, n. 120; Labbé, *op. cit.*, n. 25 (p. 221).

La cour suprême en a très bien conclu que le débiteur peut transiger sur les droits qui sont exercés en son nom par ses créanciers et que cette transaction et les paiements qui l'ont suivie sont opposables à ces derniers, s'ils ont été faits sans fraude (1).

640. On voit que le tiers défendeur est recevable à opposer la compensation aux créanciers, alors même qu'elle procèderait d'une cause postérieure à la formation de la demande. Il est vrai qu'il en est autrement en matière de saisie-arrêt. Le tiers saisi n'est pas admis à opposer la compensation au saisissant. Art. 1298. Mais cette différence s'explique tout naturellement par cette considération que le tiers saisi ne peut pas faire un paiement valable entre les mains du saisi, tandis que la personne assignée en vertu de l'art 1166 a le droit de se libérer entre les mains du débiteur (2).

641. Toutefois, si le tiers défendeur est en droit, le cas échéant, d'opposer l'exception de compensation, même quand sa créance est postérieure en date à l'assignation, il ne peut pas former contre les créanciers une demande reconventionnelle. Suivant l'observation très juste de la cour suprême, « la compensation et la reconvention ont des caractères essentiellement différents... En effet, la compensation est un paiement qui s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs », tandis que, « dans le cas de la reconvention, le défendeur ne se borne pas à opposer une simple exception ;... il forme une véritable action dont l'objet est de faire constater et reconnaître la dette, et qui doit être instruite et jugée par le tribunal saisi de la demande principale » (3). Le tiers défendeur ne pourrait opposer la reconvention aux créanciers que s'ils étaient les représentants du débiteur. Or, il n'en est point ainsi. Le défendeur ne serait donc admis à

(1) Req., 18 fév. 1862, S., 62. 1. 415, D. P., 62. 1. 248 : « Attendu que si, en vertu de l'art. 1166 C. Nap., les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, il n'en résulte pas que la loi leur accorde une mainmise sur ces droits; que celui-ci n'en conserve pas moins la libre disposition; qu'il peut en user comme bon lui semble, de même y renoncer, pourvu qu'il ne fasse aucun acte en fraude des droits de ses créanciers ».

(2) Laurent, XVI, n. 404, p. 464.

(3) Req., 1er juill. 1851, S., 51. 1. 740, D. P., 51. 1. 192.

former une demande reconventionnelle que s'il mettait le débiteur en cause [1].

642. De plus, si le tiers défendeur peut opposer aux créanciers agissant en vertu de l'art. 1166 les mêmes exceptions qu'au débiteur lui même, en revanche il n'est pas recevable à se prévaloir de celles qu'il serait en droit d'opposer à ces créanciers, s'ils agissaient en leur nom personnel. Ce point ne saurait faire l'objet d'aucune difficulté [2].

643. Le tiers défendeur peut arrêter l'action en payant les créanciers qui l'exercent. C'est dans l'art. 1236, al. 2, qu'il puise le droit de les désintéresser. Toute personne, en effet, est admise à payer au lieu et place du débiteur. En désintéressant les créanciers, le défendeur ne satisfait pas, il est vrai, à la demande dirigée contre lui, puisqu'elle n'a pas pour objet leur paiement; mais il fait perdre à ceux qui l'ont formée leur qualité de créanciers et, par conséquent aussi, l'intérêt qu'ils ont à suivre sur cette demande. Or pas d'intérêt, pas d'action [3].

643 1. Ainsi qu'on l'a vu, les créanciers ne peuvent exercer les actions de leur débiteur que si ce dernier refuse ou néglige de faire valoir ses droits [4]. Il s'ensuit que l'exercice, par un créancier, d'une action de son débiteur ne lui confère pas à cet égard un droit exclusif, faisant obstacle à ce que ce débiteur puisse exercer lui-même cette action. Celui-ci peut donc, aussi longtemps qu'une décision définitive n'a pas été rendue, se prévaloir des droits qui lui appartiennent et arrêter ainsi l'action mise en œuvre par son créancier [5]. Ainsi la demande en partage introduite par un créancier en vertu de l'art. 1166

(1) Laurent, *loc. cit.*

(2) Demolombe, XXV, n. 117. — Civ. rej., 4 juill. 1854, S., 54. 1. 785, D. P., 54. 1. 403.

(3) *Sic* Laurent, XVI, n. 406. — Cpr. Demolombe, XXV, n. 118. En définitive, ces deux auteurs adoptent la solution que nous donnons au texte, mais ils ne sont pas d'accord sur la façon dont il faut la motiver. — Larombière se borne à affirmer le droit, pour le tiers défendeur, de désintéresser les créanciers demandeurs et d'arrêter ainsi l'action, II, p. 208 (art. 1166, n. 33). — Cpr. aussi Bruxelles, 7 janv. 1829, *Pasicr.*, 1829, p. 9.

(4) V. *supra*, n. 628.

(5) Trib. de Laon, 18 mars 1901, et, sur appel, Amiens, 6 août 1901, D. P., 1903. 2. 21.

devient sans objet quand le débiteur procède à un partage amiable avec ses copropriétaires, et tous les frais faits ultérieurement par le créancier doivent être supportés par lui [1].

644. Quels sont, au regard du débiteur et de ceux de ses créanciers qui n'ont pas intenté l'action indirecte, les effets du jugement rendu sur cette action?

Si les créanciers demandeurs ont eu gain de cause, le jugement profite au débiteur et à ses autres créanciers [2]. Ce n'est pas là une conséquence de l'autorité de la chose jugée, car il en est ainsi même quand le débiteur n'a pas été mis en cause. Cela ne résulte pas davantage d'un mandat tacite en vertu duquel les créanciers demandeurs auraient exercé l'action; ils n'ont pas agi comme mandataires, mais en vertu du droit spécial que la loi leur confère. Si le débiteur bénéficie du jugement, c'est parce que l'action exercée n'a pas cessé de lui appartenir, et que, par conséquent, le produit de cette action ne peut revenir qu'à lui. Si le droit de gage des autres créanciers porte sur le bien que l'exercice de l'action a fait rentrer dans le patrimoine du débiteur, c'est parce qu'il frappe d'une façon générale tous les biens compris dans ce patrimoine, et qu'il n'existe pas d'exception à cette règle pour le cas dont nous parlons. Au surplus, l'action exercée faisait partie du gage de tous les créanciers; il doit en être de même du produit de cette action [3].

Lors, au contraire, que les créanciers demandeurs n'ont pas triomphé, la solution varie suivant que le débiteur a été ou n'a pas été mis en cause.

Dans la première hypothèse, le jugement peut lui être opposé par le défendeur, et, par conséquent, il préjudicie également aux créanciers qui se sont abstenus d'agir. Mais,

(1) Mêmes décisions.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-VI, al. 3; Larombière, II, p. 199 (art. 1166, n. 24); Laurent, XVI, n. 407; Thiry, II, n. 624, p. 630 *in fine*, Garsonnet, *op. cit.*, I, § 312; Planiol, II, 1re édit., n. 315, 2e et 3e édit., n. 294. — Civ. rej., 18 juillet 1838 (2 arrêts), S., 38. 1. 603.

(3) Quand un créancier, agissant en vertu de l'art. 1166, oppose une prescription à un créancier de son débiteur (dans l'espèce, la prescription biennale de l'art. 2272), les autres créanciers peuvent profiter du bénéfice de cette prescription prononcée. Trib. civ. Seine, 3 avril 1900, *Droit*, 16 juin 1900.

si l'on n'a pas mis en cause le débiteur, la décision n'a pas à son égard l'autorité de la chose jugée. Il pourra donc exercer son droit comme si l'action indirecte n'avait pas été intentée, et les créanciers qui n'ont pas encore agi en vertu de l'art. 1166, seront admis à se prévaloir de sa disposition [1].

645. Ainsi que nous l'avons dit, tous les créanciers bénéficient du jugement qui a fait droit à la demande formée en vertu de l'art. 1166. C'est une question de savoir si les dispositions des art. 1753 et 1798 ne font pas exception à cette règle. Dans les cas prévus par elles, une action profite exclusivement au créancier qui l'a exercée. Mais d'après la jurisprudence et la très grande majorité des auteurs, ces dispositions viseraient une action directe accordée à certaines personnes contre des tiers obligés envers leur propre débiteur. Le créancier n'agirait donc pas en vertu de l'art. 1166, et, par conséquent, il n'y aurait pas dérogation à la règle que nous venons de formuler. Selon les rares auteurs qui combattent cette opinion, du moment que, dans les hypothèses prévues par les art. 1753 et 1798, il n'est pas intervenu de contrat entre le créancier et le tiers qu'il poursuit, il ne saurait être

[1] V. dans ce sens Larombière, VII, p. 139 (art. 1351, n. 126); Laurent, XVI, n. 408; Huc, VII, n. 214, dern. alin., p. 288. — D'après certains auteurs, la chose jugée entre les créanciers qui ont agi en vertu de l'art. 1166 et le tiers défendeur ne peut en aucun cas être considérée comme jugée au regard du débiteur lorsqu'il n'a pas été mis en cause, et, par conséquent, elle ne peut pas être invoquée par ce dernier ni par ses autres créanciers. — Dans ce dernier sens, Merlin, *Rép.*, v° *Cassation*, § 8, n. 3; Proudhon, *Usufruit*, V, n. 2300; Labbé, *Rev. crit.*, IX, p. 222-223; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 122, texte et note 18, 5e édit., p. 202, texte et note 18; Demolombe, XXV, n. 124 à 127, 132-133. — Cette proposition est exacte sans doute; mais, pour les raisons que nous donnons ci-dessus, il ne faut pas en conclure que le jugement ne profite pas au débiteur et aux créanciers qui n'ont pas intenté l'action indirecte. — Colmet de Santerre estime que, lorsque les créanciers demandeurs ont eu le soin de se faire autoriser par justice à exercer le droit du débiteur, il y a chose jugée même à l'égard de celui-ci et de ses autres créanciers. V. n. 81 *bis*-V. Il résulte de nos précédentes explications qu'à notre avis, le tribunal n'a pas qualité pour donner cette autorisation. Nous n'avons donc pas à nous demander si elle a quelque effet au point de vue qui nous occupe. — D'après M. Jean Acher, alors même que les créanciers demandeurs ne se sont pas fait subroger judiciairement, la chose jugée entre eux et le tiers défendeur a toujours autorité à l'égard du débiteur qui n'a pas été mis en cause et des autres créanciers qui ne sont pas intervenus dans l'instance. *De l'application de l'autorité de la chose jugée à l'action indirecte de l'art. 1166 C. civ.*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LIIe année, nouv. série, XXXII (1903), p. 237-247.

question d'action directe. C'est donc en vertu de l'art. 1166 que l'action serait exercée, et, par suite, il faudrait admettre qu'il y a, dans ces hypothèses, exception au principe que le jugement profite à tous les créanciers [1].

En ce qui concerne l'action que l'art. 1994 accorde au mandant contre le substitué, la loi reconnaît formellement le caractère d'action directe : « Dans tous les cas, dit l'art. 1994, al. 2, le mandant peut agir *directement* contre la personne que le mandataire s'est substituée ». Il reste à savoir si cette action, au moins dans le premier des cas prévus par l'art. 1994, ne constitue pas une dérogation au droit commun en

[1] V. dans le premier sens, Duranton, X, n. 547; Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-VII; Larombière, II, p. 200 (art. 1166, n. 27); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 123, 5e édit., p. 203; Demolombe, XXV, n. 134-137; Thiry, II, n. 642 *in fine*; — Spécialement sur l'art. 1753, Troplong, *Louage*, I, n. 128; Marcadé, VI, art. 1753, I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 494; Colmet de Santerre, VII, n. 201 *bis*-II; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 374, note 20; Arntz, IV, n. 1153; Esmein, *Note*, S., 84. 2. 122, col. 1; Guillouard, *Louage*, I, n. 339; Garsonnet, *op. cit.*, I, § 312, p. 526; Thiry, IV, n. 57, p. 52; Planiol, II, 1re édit., n. 316, al. 2, 2e et 3e édit., n. 295, al. 2.— Civ. cass., 24 janv. 1853, S., 53. 1. 321, D. P., 53. 1. 124; 2 juil. 1873, S., 73. 1. 323, D. P., 73. 1. 412. — Req., 31 juill. 1878, S., 81. 1. 77, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 82, en note; 8 nov. 1882, S., 84. 1. 833, D. P., 83. 1. 305. — Lyon, 30 juin 1887, S., 89. 2. 180, D. P., 88. 2. 59. — Trib. Seine, 5 fév. 1889, *Droit*, 14 fév. 1889. — Trib. civ. Lyon, 31 mai 1890, *Mon. judic. Lyon*, 4 juill. 1891. — Civ. cass., 13 janv. 1892, S., 92. 1. 89, D. P., 92. 1. 509. — Alger, 3 août 1892, *Rec. des assur.*, 1892, p. 696. — Trib. civ. Seine, 9 janv. 1895, *Gaz. Trib.*, 4 avril 1895; 12 juin 1895, *Gaz. Trib.*, 25 juin 1895; 8 août 1895, *Droit*, 15 sept. 1895. — Spécialement sur l'art. 1798, Marcadé, IV, sur l'art. 1798, II; Troplong, *Louage*, II, n. 1048; Persil, *Priv. et hyp.*, art. 2103, § 4, n. 3; Colmet de Santerre, VII, n. 251 *bis*, et IX, n. 56 *bis*-II; Pont, *Priv. et hyp.*, I, n. 210; Thézard, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, n. 202; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 895 s.; Trencart, *De l'action directe accordée aux ouvriers par l'art. 1798*, C. civ., *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXIIe année, nouv. série, II, 1872-1873, p. 411 s.; Arntz, IV, n. 1238; Garsonnet, *loc. cit.*; Thiry, IV, n. 97 *in fine*, p. 89; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, I, n. 631. — Montpellier, 22 août 1850, S., 53. 2. 685, D. P., 54. 2. 153. — Paris, 9 août 1859, S., 59. 2. 589. — Nancy, 21 fév. 1861, S., 61. 2. 218, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 240. — Besançon, 16 juin 1863, S., 63. 2. 206, D. P., 63. 2. 103. — Paris, 12 avril 1866, S., 66. 2. 252, D. P., 66. 5. 291; 27 juil. 1867, S., 68. 2. 280. — Dans le second sens, Laurent, XVI, n. 409. — Spécialement, sur l'art. 1753, Laurent, XXV, n. 200-203; Huc, X, n. 349, p. 474-475; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re édit., n. 858, 2e édit., n. 1145. — Bruxelles, 7 août 1839, D., *Répert. alph.*, v° *Louage*, n. 366. — Lyon, 26 déc. 1882, S., 84. 2. 121, D. P., 83. 2. 209. — Toulouse, 7 fév. 1888, S., 88. 2. 101, D. P., 90. 2. 97. — Spécialement, sur l'art. 1798, Delvincourt, III, n. 216; Laurent, XXVI, n. 81; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 1re édit., n. 1970, 2e édit., n. 3028. — Cpr. Huc, X, n. 433.

ce sens qu'à raison de la situation dans laquelle le mandant et le substitué se trouvent l'un à l'égard de l'autre, l'action indirecte de l'art. 1166 serait seule conforme aux principes [1].

6451. Dans un arrêt du 23 juin 1903, la chambre civile de la cour de cassation a formulé cette proposition générale : « Si l'exercice par le créancier, en vertu de l'art. 1166 C. civ., d'une action judiciaire appartenant à son débiteur, a, en principe, uniquement pour effet de faire entrer le bénéfice de la condamnation dans le patrimoine de ce dernier, rien ne s'oppose à ce que, dans une instance ainsi engagée, le créancier fasse ordonner par justice, contre le débiteur qui se trouve en cause, les mesures devant lui permettre le recouvrement de sa créance ». Appliquant ensuite cette idée, la cour suprême décide que le créancier qui exerce une action en partage en vertu de l'art. 1166, peut, en même temps, demander que les valeurs mobilières comprises dans le lot de son débiteur soient vendues pour que le prix lui soit directement attribué à concurrence de ses droits. Enfin la chambre civile ajoute que ce créancier ne forme pas une demande nouvelle, irrecevable aux termes de l'art. 464 C. pr. civ., quand il demande en appel que les juges ordonnent de pareilles mesures [2].

Il nous paraît certain qu'en se prononçant ainsi, la cour de cassation n'a pas entendu faire brèche au principe fondamental que nous avons posé plus haut [3] et qu'elle a elle-même énoncé en ces termes dans un de ses arrêts antérieurs : « Attendu que si, en vertu de l'art. 1166 C. Nap., les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, *il n'en résulte pas que la loi leur accorde une mainmise sur ces droits* » [4]. Que l'action du débiteur soit exercée par lui ou par ses créanciers, le résultat est le même. Si un créan-

(1) Sur cette question Duranton, XVIII, n. 51 ; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 1024-1025 ; Laurent, XXVII, n. 490-491 ; Guillouard, *Mandat*, n. 126 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, etc.*, n. 581.

(2) S., 1904. 1. 289 (note d'Albert Tissier), D. P., 1903. 1. 454, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 104.

(3) V. *supra*, n. 589. — V. aussi *supra*, n. 630, 632, 634, 639.

(4) Req., 18 fév. 1862, S., 62. 1. 415, D. P., 62. 1. 248.

cier se borne à user de l'action indirecte, tout ce qu'il peut obtenir, c'est de faire entrer une chose dans le patrimoine du débiteur. Mais, pour simplifier la procédure et diminuer les frais, le créancier qui agit en vertu de l'art. 1166 a le droit de former en même temps et dans la même instance, une autre demande tendant à obtenir son paiement. Cette seconde demande peut, il est vrai, être considérée comme le complément naturel de l'action indirecte, mais, cependant, elle est distincte de celle-ci. Elle est formée par le créancier en son propre nom et non plus au nom de son débiteur. Elle est même formée contre ce dernier; elle suppose, par conséquent, que le débiteur a été mis en cause, ce qui, nous l'avons expliqué, n'est pas nécessaire, pour l'exercice de l'action indirecte (1). Elle suppose, en outre, — puisqu'elle tend à obtenir des mesures d'exécution — que le créancier est pourvu d'un titre exécutoire ou que, tout au moins, il sollicite un titre de cette nature, en concluant à ce que son débiteur soit préalablement condamné à lui payer le montant de sa créance : condition qui, d'après l'opinion générale, n'est pas, non plus, exigée pour l'exercice, par un créancier, des droits de son débiteur (2). D'autre part, cette demande n'est pas formée contre ceux qui sont défendeurs à l'action indirecte : c'est ainsi que, dans l'espèce, la vente des valeurs mobilières mises dans le lot du débiteur et l'attribution du prix de cette vente au créancier n'étaient certainement pas demandées contre les cohéritiers du débiteur, mais seulement contre ce dernier. Ces mesures, en effet, ne pouvaient pas être considérées comme des opérations du partage; elles n'étaient nullement nécessaires pour le compléter. C'eût été un non sens que de les demander contre les cohéritiers du débiteur, car elles ne les intéressaient à aucun point de vue. Ce n'est donc pas simplement parce qu'il agit en vertu de l'art. 1166 que le créancier a le droit de faire ordonner les mesures pouvant lui permettre de recouvrer sa créance. La procédure admise par la cour de cassation est une procédure

(1) V. *supra*, n. 635.
(2) V. *supra*, n. 632.

complexe, où il est facile de distinguer deux actions juxtaposées, qui diffèrent l'une de l'autre par leur objet et par les parties dont elles nécessitent la mise en cause.

Telle est bien la portée de la décision du 23 juin 1903, que nous venons de résumer. L'arrêt attaqué (Nîmes, 30 mars 1900) paraissait admettre la théorie contraire : « Attendu..., disait-il, qu'aux termes des art. 2092 et 2093, tous les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers, sans en excepter les rentes françaises ; que N... se trouve donc *substitué, en vertu de l'art. 1166, précité, aux droits de son débiteur,* au regard de l'instance en partage dont s'agit au procès ; qu'il peut, *dès lors,* demander en justice que les valeurs comprises dans le lot de son débiteur soient vendues, pour que le prix revenant à celui-ci lui soit directement attribué à concurrence de ses droits... ». La faculté pour le créancier de faire ordonner les mesures nécessaires pour le recouvrement de sa créance était donc envisagée par cet arrêt comme un effet de l'action indirecte. Mais, si la chambre civile approuve la solution donnée par le juge d'appel, elle indique très nettement qu'elle condamne son interprétation de l'art. 1166 : « D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi et qu'il importe peu qu'*un de ses considérants ait énoncé, sur les effets juridiques de l'art. 1166, une proposition erronée* ».

Quant au point de savoir si, dans l'espèce, les mesures tendant à désintéresser le créancier demandeur pouvaient, comme l'a pensé la cour de cassation, être demandées pour la première fois en appel, nous n'avons pas à l'examiner ; c'est une question de procédure étrangère à la disposition de l'art. 1166 (1).

§ III. *De l'action paulienne ou révocatoire* (2).

646. Aux termes de l'art. 2093 : « Les biens du débiteur » sont le gage commun de ses créanciers... » ce qui signifie

(1) Cpr Albert Tissier, note précitée.

(2) Il est intéressant de comparer avec notre législation la loi allemande du 21 juillet 1879, relative à l'annulation des actes frauduleux d'un débiteur hors

que les biens qui composent le patrimoine d'un débiteur répondent d'une manière générale du paiement de toutes ses dettes, qu'ils sont affectés en bloc à tous et à chacun de ses créanciers. Diverses fluctuations peuvent se produire dans le patrimoine du débiteur; elles profiteront ou nuiront à ses créanciers. Le débiteur acquiert-il un bien ? L'importance du gage commun se trouve augmentée d'autant. Consent-il une aliénation ? Ses créanciers en subissent le contre-coup. Ils ne sauraient s'en plaindre, car, en négligeant de stipuler de lui des sûretés spéciales, ils lui ont témoigné une confiance entière, absolue, ils ont cru en lui; ils ont donc ratifié d'avance tous les actes qu'il pourrait accomplir, et, par suite, ils ne sont pas admis à les critiquer. Mais cela suppose que le débiteur agit de bonne foi. En traitant avec lui, ses créanciers ont pu consentir, sans exiger de sûretés particulières, à lui laisser le droit de gouverner son patrimoine avec une entière indépendance, s'exposant ainsi à subir les conséquences des spéculations malheureuses ou fausses dans lesquelles il pourrait s'engager; mais ils n'ont certes pas entendu l'autoriser à conspirer contre eux. Ils ont *suivi sa foi;* mais, par cela même, ils ont entendu échapper aux conséquences de sa mauvaise foi. Si donc le débiteur a agi en fraude des droits de ses créanciers, il ne pourra plus être considéré comme les ayant représentés. Les créanciers deviennent alors des tiers par rapport à l'acte frauduleux, et ils peuvent en faire prononcer la nullité. Il est juste que le débiteur ne puisse pas compromettre par des aliénations ou autres actes frauduleux le droit de gage général qu'il a conféré à ses créanciers sur tous ses biens en s'obligeant. C'est ce que dit en substance l'art. 1167, al. 1er, dont voici les termes : « *Ils* [*les créanciers*] *peu-* » *vent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits* » *par leur débiteur en fraude de leurs droits* ».

Ainsi un débiteur, dont le passif égale l'actif, mais qui ne

du cas de faillite (*Annuaire de législation étrangère*, 9e année, 1880, p. 92-97) et la loi autrichienne du 16 mars 1884, sur l'annulation des actes concernant les biens d'un débiteur insolvable (*Ann. législ. étr.*, 14e année, 1885, p. 289-304). La loi de Croatie-Slavonie-Dalmatie, du 24 mars 1897, concernant l'annulation des actes d'un débiteur est la reproduction presque textuelle de la loi autrichienne du 16 mars 1884 (V. *Ann. législ. étr.*, 27e année, 1898, p. 472).

tient nullement à payer ses créanciers ou qui, peut-être, tient à ne pas les payer, fait donation d'un immeuble à un ami, ou bien il dote richement sa fille. Les créanciers victimes de cette fraude pourront demander à la justice de révoquer la donation, afin d'obtenir leur paiement sur les biens donnés. L'action que la loi leur accorde à cet effet est connue dans la doctrine sous le nom d'action *révocatoire*. On l'appelle fréquemment aussi action *paulienne, pauliana actio* (1), du nom du préteur romain qui l'introduisit le premier dans l'édit (2). Un titre entier du Digeste lui est consacré, le titre VIII du livre XLII. Notre législateur s'est borné à en poser le principe en trois lignes, ce qu'on ne peut expliquer qu'en lui prêtant l'intention de se référer à la tradition; cette matière est donc toute traditionnelle (3). La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (4).

Pour nous (disons-le dès à présent, sauf à justifier dans la suite cette définition), l'action paulienne est une action en nullité que le législateur accorde aux créanciers soit à raison du dommage résultant pour eux d'un acte fait en fraude de leurs droits, soit à raison d'un enrichissement sans cause qui a eu lieu à leurs dépens (5).

(1) L. 38, § 4, D., *De usur. et fruc.*, XXII, 1 : *In Faviana autem actione et Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur*, fructus quoque restituuntur, nam prætor id agit ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset ».

(2) On n'est pas renseigné sur la date de sa création. Mais il est certain que cette action existait à l'époque de Cicéron, *Ad Attic*, I, 1. — V. Girard, *Manuel élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 418, note 1, 3e édit., p. 425, note 1; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, II, *Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, p. 489, note 1.

(3) Sur l'action paulienne en droit romain, v. Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e édit., II, n. 849-853, p. 938-949; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 413-419, 3e édit., p. 420-426.

(4) Marcadé, IV, n. 496; Larombière, II, p. 215 (art. 1167, n. 2; Laurent, XVI, n. 432; Huc, VII, n. 216; Planiol, II, 1re édit., n. 319, 2e et 3e édit., n. 298. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*, I, al. 2; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 130, note 1, 5e édit., p. 216, note 1; Demolombe, XXV, n. 143-145. — A la différence du C. civ. français, plusieurs législations étrangères formulent d'une façon détaillée les règles qui gouvernent l'action paulienne. V. C. civ. portugais, art. 1033-1045; C. civ. mexicain, art. 1683-1699; C. civ. argent., art. 961-972; C. civ. japon., art. 424-426. — V. aussi C. civ. espagnol, art. 1291-3o, art. 1292, 1294, 1295, 1297-1299.

(5) V. *infra*, n. 706.

Il ne résulte nullement de cette définition, comme nous le démontrerons, que l'action paulienne soit une action réelle (1).

Les art. 446 et 447 C. co. renferment certaines règles spéciales relativement aux actes que le failli a passés pendant la période suspecte. Ces deux articles, le second surtout, présentent des analogies avec l'art. 1167 C. civ. Aussi aurons-nous dans la suite à les rapprocher de ce dernier texte (2).

647. Les créanciers qui intentent l'action paulienne agissent *en leur nom personnel*. Art. 1167. Ils soutiennent en effet qu'ils n'ont pas été représentés par leur débiteur; ils revendiquent la qualité de tiers quant à l'acte frauduleux accompli par celui-ci, et c'est à ce titre qu'ils l'attaquent : au contraire, dans le cas de l'art. 1166, les créanciers agissent *au nom du débiteur*. Il s'ensuit qu'ils ne sont pas non recevables à intenter l'une des deux actions parce qu'ils ont préalablement échoué en exerçant l'autre. Arg. art. 1351. Et peu importe qu'il y ait contradiction entre les faits allégués à l'appui de l'action paulienne et ceux qui servent de base à l'action de l'art. 1166 (3).

Le principe que les créanciers qui intentent l'action paulienne agissent en leur nom personnel, a encore cette conséquence très importante que le tiers défendeur n'est pas admis à leur opposer les exceptions dont il pourrait se prévaloir à l'encontre du débiteur (4). C'est là une autre différence entre l'action paulienne et l'action indirecte de l'art. 1166 (5).

648. Cette matière, vu son importance, doit nous retenir longtemps. Nous aurons à nous demander : 1° Quelles sont les conditions requises pour l'exercice de l'action paulienne? 2° A qui appartient le droit d'intenter cette action ? 3° Quels actes peuvent être attaqués par l'action paulienne ? 4° Quels sont les effets de cette action ? 5° Quelle est sa durée ?

(1) V. *infra*, n. 707.

(2) V. *infra*, n. 681.

(3) Larombière, II, p. 215 (art. 1167, n. 4); Demolombe, XXV, n. 148; Planiol, II, 1re édit., n. 340, 2e et 3e édit., n. 319. — Cpr. civ. rej., 4 juil. 1854, S., 54. 1. 785, D. P., 54. 1. 403.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 131, 5e édit., p. 217 *in fine*. — Civ. cass., 2 fév. 1852, S., 52. 1. 234, D. P., 52. 1. 49.

(5) V. *supra*, n. 638-639.

Enfin, sous forme d'appendice, nous traiterons d'une action qu'on a souvent eu le tort de confondre avec l'action paulienne; nous voulons parler de l'action en déclaration de simulation.

I. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne.*

649. Les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne sont au nombre de deux : le préjudice, *eventus damni*, et la fraude, *consilium fraudis* (1).

A. *Du préjudice.*

650. Il faut d'abord que l'acte accompli par le débiteur ait causé préjudice aux créanciers qui l'attaquent. La loi ne le dit pas expressément, car elle ne parle que de la fraude; mais elle le sous-entend. L'idée de préjudice est contenue dans celle de fraude : évidemment la loi veut parler d'une fraude préjudiciable aux créanciers; car, autrement, on ne comprendrait pas de quel droit ils viendraient s'en plaindre et demander une réparation. Ici, comme partout, l'intérêt est la raison d'être de l'action. Or, en l'absence du préjudice, l'intérêt fait défaut. Ajoutons que l'action paulienne tend à déposséder ou, plus généralement, à troubler la personne qui a traité avec le débiteur, et il serait contraire à toute justice que le créancier pût s'attaquer à cette personne, c'est-à-dire à un tiers, quand cela n'est pas indispensable pour assurer son paiement. *Adde* arg. du mot *préjudice* contenu dans les art. 622 et 788 et du mot *préjudicier* qui se trouve dans l'art. 1053 (2).

(1) L. 79, D., *De reg. jur.*, L, 17. — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 851, p. 942; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 414-415, 3e édit., p. 421-422; Cuq, *op. cit.*, II, p. 490. — Pau, 13 mars 1888, D. P., 88. 2. 283. — Trib. civ. Rennes, 14 août 1891, D. P., 93. 2. 246. — Bordeaux, 24 janv. 1894, *Journ. arr. de Bordeaux*, 94. 1. 93. — Req., 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 22. — V. aussi Civ. cass., 18 déc. 1893, S., 96. 1. 134, D. P., 94. 1. 263.

(2) Proudhon, *Usufruit*, V, n. 2400; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 132, 5e édit., p. 219 *in fine*; Larombière, II, p. 226 (art. 1167, n. 16); Demolombe, XXV, n. 176; Laurent, XVI, n. 434. — Pau, 13 mars 1888, D. P., 88. 2. 283. — Rennes, 2 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 310. — Req., 25 oct. 1904, D. P., 1904. 1. 452, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 470. — Solution expresse dans le Code civil portugais, art. 1033 *in fine*. Rapprochez art. 1036.

L'acte accompli en fraude des droits des créanciers ne leur porte préjudice que lorsqu'il a fait naître ou augmenté l'insolvabilité du débiteur (1). Ainsi le décidait le droit romain (2), et, sur ce point, sa solution a toujours été acceptée (3). Si l'insolvabilité ne résulte pas directement, au moins en partie, de l'acte attaqué, le créancier ne peut pas agir en vertu de l'art. 1167. Il ne le pourrait pas alors même qu'au moment où il exercerait l'action paulienne, le débiteur serait, par suite de circonstances ultérieures, devenu insolvable. Il faut, en effet, que les deux conditions du préjudice et de la fraude soient réunies dans l'acte même que le créancier veut faire annuler. Or, ici, le fait du préjudice est étranger à cet acte (4).

Il convient toutefois de faire exception à cette règle pour le cas où un acte qui, en lui-même, n'a pas préjudicié aux créanciers, n'aurait été fait par le débiteur qu'en prévision d'un autre acte qu'il a fait ultérieurement et qui a déterminé son insolvabilité. Alors, en effet, les conséquences préjudiciables du dernier acte lui sont en réalité, à raison de l'intention frauduleuse qui le rattache au premier, communes avec celui-ci (5).

651. Il va sans dire que, si le préjudice causé par l'acte que les créanciers se proposent d'attaquer a disparu dans la suite, ils sont, faute d'intérêt, non-recevables à intenter l'action. Tel serait le cas, si le débiteur, ayant recueilli une succession

(1) Sur la nécessité du préjudice dans le cas prévu par l'art. 788, v. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. des succ.*, II, 1re édit., n. 2375, 2e édit., n. 1708.

(2) L. 1 et L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud...*, VII, 75.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 81 *bis*-VII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 133, texte et note 13, 5e édit., p. 220, texte et note 13; Larombière, II, p. 226 (art. 1167, n. 16); Demolombe, XXV, n. 176; Laurent, XVI, n. 434 *in fine;* Vigié, II, n. 1248, p. 561; Thiry, n. 646, p. 634; Planiol, II, 1re édit., n. 331, 2e et 3e édit., n. 310. — Trib. civ. Lyon, 13 mai 1897, *Mon. Lyon*, 9 août 1897. — Trib. civ. Provins, 26 juin 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 379. D'après ce dernier jugement, les protêts non suivis de poursuites ne peuvent pas établir l'insolvabilité du débiteur.

(4) Duranton, X, n. 570; Marcadé, IV, n. 497; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-VIII; Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXV, n. 178; Laurent, XVI, n. 435. — Besançon, 2 juin 1853, D. P., 54. 5. 255. — Req., 8 mars 1854, S., 54. 1. 684, D. P., 54. 1. 191. — Cpr. Civ. rej., 9 janv. 1865, S., 65. 1. 65, D., 65. 1. 19.

(5) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXV, n. 178 *in fine;* Laurent, XVI, n. 435, p. 499 *in fine*. — Cpr. civ. rej., 9 janv. 1865, précité. — Trib. Perpignan, 18 déc. 1889, *Pand. fr. pér.*, 89. 2. 275.

opulente postérieurement à l'acte préjudiciable, se retrouvait en situation de désintéresser intégralement tous ses créanciers (1).

Pour que l'action paulienne réussisse, il faut donc qu'il soit établi, d'une part, que le débiteur est insolvable, et, d'autre part, que son insolvabilité résulte, au moins en partie, de l'acte attaqué. Double preuve qui est à la charge du créancier demandeur dans l'action paulienne, conformément aux principes généraux. Aussi qualifie-t-on cette action de subsidiaire. On entend par là qu'elle n'est accordée aux créanciers que si le montant des biens actuels du débiteur est insuffisant pour les désintéresser.

652. Il convient, en outre, de remarquer que les créanciers demandeurs n'ont pas à établir dans quelle mesure le passif du débiteur dépasse son actif. La preuve qui leur incombe est simplement celle du fait de l'insolvabilité, c'est-à-dire la preuve de l'insuffisance de l'actif, sans préciser l'insuffisance (2).

653. A raison de l'obligation qui, en principe, incombe sur ce point aux créanciers, le tiers qui a été partie dans l'acte attaqué peut exiger la discussion des autres biens du débiteur toutes les fois que cette mesure est nécessaire pour démontrer l'insolvabilité de ce dernier (3).

Mais, si le tiers s'abstient de proposer ce moyen, les juges ne peuvent pas ordonner d'office la discussion, car, dans ce cas, le silence gardé par le défendeur doit être considéré comme une reconnaissance tacite de l'insolvabilité du débiteur (4).

654. En principe, disons-nous, le tiers a le droit de requérir la discussion des biens du débiteur. Cela ne signifie point qu'il soit dans la même situation que la caution assignée

(1) Larombière, II, p. 228 (art. 1167, n. 18); Demolombe, XXV, n. 177 *in fine*.

(2) Laurent, XVI, n. 436 *in fine*. — Bordeaux, 30 nov. 1869, S., 70. 2. 283, D. P., 71. 2. 108.

(3) Toullier, VI, n. 345; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-VII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 132, 5e édit., p. 219 *in fine*, 220; Larombière, II, p. 226-228 (art. 1167, n. 17); Demolombe, XXV, n. 179; Laurent, XVI, n. 437; Planiol, II, 1re édit., n. 332, 2e et 3e édit., n. 311.

(4) Toullier, VI, n. 347; Larombière, II, p. 227 *in fine* (art. 1167, n. 17 *in fine*); Demolombe, XXV, n. 185.

avant le débiteur principal; en d'autres termes, son droit ne consiste pas à pouvoir opposer le bénéfice de discussion conformément aux art. 2021 s. du C. civ. C'est sur les premières poursuites que la caution doit, sous peine de déchéance, requérir la discussion. Art. 2022. Elle est obligée d'indiquer les biens qui devront être discutés et d'avancer le montant des frais qui seront nécessités par cette opération. Art. 2023. Rien de pareil pour le tiers défendeur à l'action paulienne. A la différence de la caution, il n'est tenu envers le créancier d'aucune obligation. Ce dernier ne peut agir contre lui que si le débiteur est insolvable, et, par hypothèse, son insolvabilité ne peut être établie que par la discussion.

Celle-ci est donc une condition essentielle de l'exercice de l'action paulienne. En conséquence, elle peut être requise en tout état de cause (1). Si le créancier diffère de la demander, il ne s'expose qu'à supporter une partie des dépens.

De même la discussion étant nécessaire pour établir le droit même du créancier demandeur, c'est lui qui doit faire l'avance des deniers suffisants pour y procéder (2).

Enfin, pour la même raison, c'est lui qui doit rechercher et discuter tous les biens du débiteur (3).

655. Toutefois le tiers défendeur à l'action paulienne n'est pas en droit d'exiger que la discussion porte sur les biens litigieux ou situés à l'étranger. C'est qu'en effet la présence, dans le patrimoine d'une personne, de biens qu'il est difficile, peut-être même impossible d'exproprier, ne la rend pas solvable d'une façon effective (4). La tradition est, d'ailleurs, en ce sens (5).

(1) Larombière, II, p. 227 (art. 1167, n. 17); Demolombe, XXV, n. 181.

(2) Colmet de Santerre, Larombière, Laurent, *loc. cit.;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 132, note 11, 5e édit., p. 220, note 11; Demolombe, XXV, n. 182.

(3) Colmet de Santerre, Laurent, *loc. cit.;* Demolombe, XXV, n. 183. — Il est cependant un cas où le tiers qui demande la discussion doit indiquer les biens sur lesquels il faut la faire porter. C'est le cas où le débiteur n'a pas de biens apparents. Laurent, *loc. cit.*

(4) Capmas, *Des actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers,* n. 10; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 132, texte et note 12, 5e édit., p. 220, texte et note 12; Larombière, *loc. cit.,* Demolombe, XXV, n. 184. — Cpr. Req., 22 juil. 1835, S., 36. 1. 346, D., *Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 966. — V. cep. Laurent, XVI, n. 437, p. 502 *in fine.*

(5) Loyseau, *De la garantie des rentes,* ch. IX, n. 14, 17 et 18; Brodeau, sur

655 I. La question de savoir si l'acte attaqué par l'action paulienne a causé ou non un préjudice aux créanciers de la personne qui l'a accompli est souverainement appréciée par les juges du fond. Ainsi l'arrêt qui, tout en reconnaissant que cet acte a été concerté par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers, déclare, d'autre part, que l'existence du préjudice allégué n'est nullement démontrée et refuse, en conséquence, de prononcer l'annulation, échappe au contrôle de la cour suprême (1).

656. A la condition du préjudice se rattache une question très importante. En droit romain, les créanciers ne pouvaient attaquer par l'action paulienne que les actes par lesquels le débiteur avait diminué son patrimoine ; il n'y avait donc pas lieu à cette action lorsque le débiteur avait seulement négligé de s'enrichir (2). En est-il de même encore dans notre droit actuel ? C'est notre sentiment. La distinction romaine est fondée sur des principes essentiels, sur la nature même des choses. Pourquoi le législateur accorde-t-il aux créanciers l'action paulienne ? Parce que le débiteur a porté atteinte au droit de gage général qui leur appartient sur tout son actif. Est-ce le cas lorsqu'il a simplement négligé d'augmenter son patrimoine ? Non, évidemment, car le droit de gage des créanciers est demeuré le même ; il continue à porter sur les mêmes biens ; il ne cesse pas de présenter les mêmes garanties de paiement. A vrai dire l'acte qu'il s'agirait de faire annuler n'a causé aux créanciers aucun préjudice, car il n'a ni déterminé ni aggravé l'insolvabilité du débiteur.

On trouve sans doute dans le Code civil un certain nombre d'articles qui semblent impliquer un abandon du principe traditionnel, notamment l'art. 788, duquel il résulte que les

Louet, lettre D, ch. XLIX et lettre H, ch. IX ; Lamoignon, *Arrêtés*, tit. XXIV, art. 30.

(1) Req., 25 octobre 1904, D. P., 1904. 1. 552, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 470, *Gaz. des trib.*, 1904, 1er sem., 1. 79.

(2) *Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur*. L. 6 pr., D., *Quæ in fraudem credit.*, XLII, 8. C'est là une conséquence de cette règle : *Non fraudantur creditores cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur*. L. 134, D., *De reg. jur.*, L, 17. — V. aussi Gaius, II, § 195.

créanciers peuvent attaquer la renonciation, faite par leur débiteur en fraude de leurs droits, à une succession qui lui est échue; le droit romain n'autorisait pas l'action paulienne dans ce cas. Mais l'induction tirée de l'art. 788 s'évanouit, si l'on considère que la renonciation à succession a chez nous un tout autre caractère qu'à Rome. En droit romain, l'héritier externe qui répudie une hérédité *néglige seulement d'acquérir,* car c'est l'adition de l'hérédité qui fait entrer dans son patrimoine les biens dont elle se compose [1]. L'action paulienme devait donc être refusée dans ce cas. D'après le Code civil, au contraire, l'héritier qui répudie une succession *diminue son patrimoine,* car il était propriétaire des biens de cette succession en vertu des seules dispositions de la loi. Art. 711. La répudiation devait donc tomber sous le coup de l'action paulienne. On voit comment, en adoptant le même point de départ, les deux législations ont pu arriver à des solutions opposées sur la question qui nous préoccupe : les principes de l'action paulienne sont restés les mêmes ; ce sont les principes de l'acquisition par succession qui ont changé.

Ce que nous venons de dire de la répudiation d'une succession, l'art. 1464 le dit de la renonciation à une communauté, et une solution semblable devrait être admise pour le cas de renonciation à un legs; car le légataire devient de plein droit propriétaire de la chose léguée, dès que son droit est ouvert et indépendamment de toute acceptation. Arg. art. 1014. Il diminue donc son patrimoine en répudiant le legs.

Mais nous en dirions autrement de la renonciation à une donation entre vifs ou plutôt du refus que ferait le donataire de l'accepter : en agissant ainsi, le débiteur ne diminue pas son patrimoine, car il ne peut devenir propriétaire du bien donné que par l'acceptation ; il néglige seulement d'acquérir, et, par suite, d'après le principe traditionnel, l'action paulienne ne saurait être admise. Comment, d'ailleurs, les créan-

[1] L. 6, § 2 et 4, D., *Quæ in fraudem cred.*, XLII, 8. — V. Accarias, *op. cit.*, I, n. 347, p. 928.

ciers pourraient-ils rationnellement prétendre que le débiteur a frauduleusement diminué leur gage en négligeant de faire une acquisition ? Et puis l'action paulienne est une action *révocatoire ;* elle suppose donc un acte positif accompli par le débiteur. Qu'est-ce que les créanciers feront révoquer dans l'espèce proposée? l'inaction de leur débiteur qui n'a pas voulu accepter? On concevrait beaucoup mieux qu'ils élevassent la prétention d'accepter la donation du chef de leur débiteur (1).

Pour soutenir que le Code civil, à la différence du droit romain, admet l'action paulienne même contre les actes par lesquels le débiteur a manqué de s'enrichir, on a argumenté de l'art. 2092 et de l'art. 2225. La réfutation de ces deux arguments est des plus faciles. L'art. 2092, dit-on, confère aux créanciers un droit de gage non seulement sur les biens présents, mais aussi sur les biens à venir du débiteur. Par suite, en manquant d'acquérir, ce dernier nuit à ses créanciers, et l'action paulienne a ainsi sa raison d'être (2). — Mais

(1) Ce serait incontestablement plus rationnel. Mais il ne s'ensuit point que cette prétention serait fondée. V. *supra*, n. 600.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 134, note 16, 5e édit., p. 222, note 16. Mais en réalité, ces auteurs que l'on cite souvent comme contraires à notre opinion ne s'en écartent guère, ou plutôt, sauf une différence de formule, leur opinion concorde absolument avec la nôtre : « Il est... indifférent, disent-ils, que, par l'acte attaqué, le débiteur ait diminué son patrimoine, en abdiquant des droits *irrévocablement acquis*, ou qu'il ait simplement renoncé à des droits ou avantages ouverts à son profit, mais dont l'acquisition *définitive* était subordonnée à une manifestation de volonté de sa part », IV, 4e édit., p. 134, 5e édit., p. 222. Aubry et Rau refusent donc de distinguer entre les cas où l'acquisition abdiquée est irrévocable et ceux où elle n'a pas ce caractère. Mais ils ne prétendent pas pour cela assimiler les cas où il y a aliénation et ceux où le débiteur a seulement négligé d'acquérir. Ils admettent, comme nous, que l'action paulienne peut être dirigée contre la renonciation frauduleuse à une succession, à une communauté ou à un legs. Leur doctrine n'a pas d'autre portée. — On peut faire une remarque analogue en ce qui concerne Larombière. Il paraît bien, tout d'abord, relativement à notre question, opposer le droit français au droit romain : « Le droit français, dit-il, a plus de rigueur ». Il reconnaît aux créanciers le droit « d'attaquer comme frauduleuses les simples renonciations » Cependant il ne faut pas croire, sur la foi de ces paroles, que, d'après Larombière, l'action paulienne n'est pas gouvernée en droit français par la même règle qu'en droit romain, car il ajoute aussitôt : « Mais il est évident que les actes de cette espèce ne peuvent avoir de caractère frauduleux que dans les cas où ils constituent réellement une renonciation à des droits *acquis*, de telle sorte qu'*il s'agit moins de les acquérir par une acceptation expresse que de les répudier par un refus*

n'est-il pas manifeste qu'en disposant que le droit de gage porterait même sur les biens à venir, le législateur a entendu simplement dire que ces biens répondraient du paiement des dettes, au fur et à mesure qu'ils entreraient dans le patrimoine du débiteur. Par suite, quand celui-ci s'abstient de les acquérir, il ne porte pas atteinte au droit de ces créanciers, puisque les biens dont il s'agit n'ont jamais été compris dans leur gage.

Et quant à l'argument tiré de l'art. 2225, il est tout aussi faible. Sans doute, d'après beaucoup d'auteurs, les créanciers sont admis à faire annuler la renonciation que le débiteur a faite à une prescription accomplie (1). Mais il résulte des termes de l'art. 2219 que, par lui-même, l'accomplissement de la prescription a pour conséquence l'acquisition de la chose possédée ou la libération du débiteur. Il s'ensuit que, dans notre cas, la renonciation à la prescription diminue le patrimoine du renonçant. Ainsi, pas plus l'art. 2225 que l'art. 2092 ne fournit un argument à l'opinion adverse.

A l'appui de celle-ci, Demolombe fait observer qu'à la rigueur le fait même par le législateur d'avoir autorisé l'action paulienne en matière de renonciation à succession, suppose que le Code civil, abandonnant la théorie romaine, permet d'attaquer les actes par lesquels on a manqué de s'enrichir. C'est qu'en effet, dit-il, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, et, par conséquent, il est censé n'avoir jamais été propriétaire des biens compris dans la succession. On ne peut donc prétendre qu'il a diminué son patrimoine (2). L'argument est spécieux, et jusqu'ici, on a négligé de le réfuter. Mais nous le croyons plus spécieux que solide. En dis-

formel », II, p. 220 (art. 1167, n. 10 *in fine*). Si les renonciations ne peuvent être annulées que lorsqu'elles portent sur des droits *acquis*, il n'existe évidemment pas, quant au principe qui régit l'action paulienne, de différence entre les deux législations. — D'ailleurs, d'une façon générale, il suffit d'y regarder de près pour constater que, dans ses applications, la théorie opposée à la nôtre se rencontre presque toujours avec celle-ci et qu'ainsi la controverse que nous venons d'exposer ne présente pas grand intérêt pratique.

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 116-117. C'est aussi la solution qui domine en jurisprudence, *op. cit.*, n. 118. Pour la théorie contraire, *op. cit.*, n. 115.

(2) Demolombe, XXV, n. 166, p. 161.

posant que l'héritier renonçant sera censé n'avoir jamais été héritier, le législateur a établi une fiction, et, s'il l'a établie, c'est afin d'empêcher que le droit passager du renonçant produise sur la succession des effets durables. Mais ce n'est là qu'une fiction : « L'héritier qui renonce est *censé* n'avoir jamais été héritier », dit l'art. 785. Cette fiction ne peut pas faire que le renonçant n'ait pas été héritier et, par conséquent aussi, propriétaire des biens compris dans la succession. La notion même de la renonciation à une succession, telle que nous la trouvons dans la législation française, suppose essentiellement que l'héritier, au moment où il renonce, est propriétaire, puisqu'elle a pour résultat et pour but d'effacer rétroactivement les effets de son droit de propriété (1).

B. *De la fraude.*

657. La seconde condition requise pour qu'il y ait lieu à l'action, c'est la fraude du débiteur (2). La fraude consiste ici dans le seul fait, de la part du débiteur, d'avoir causé sciemment et volontairement à ses créanciers le préjudice dont ils se plaignent. En d'autres termes, il y a fraude du débiteur, par cela seul qu'il connaissait le véritable état de ses affaires au moment où il a accompli l'acte préjudiciable à ses créanciers ; il les lèse ainsi le sachant et par suite le voulant. Tel est ici le sens traditionnel du mot *fraude* (3).

Par où l'on voit que la fraude paulienne diffère grandement du dol, en ce sens qu'elle ne suppose pas comme celui-ci l'emploi de manœuvres déloyales. Il n'est même pas nécessaire que le débiteur ait agi dans l'intention de nuire à ses créanciers, il suffit qu'il ait eu conscience du préjudice qu'il

(1) Dans le sens de notre opinion, v. Marcadé, IV, n. 498; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-III; Laurent, XVI, n. 439; Vigié, II, n. 1246; Huc, VII, n. 218; Planiol, II, 1re édit., n. 325, 2e et 3e édit., n. 304. — En sens contraire, Demolombe, XXV, n. 166. — Sur Aubry et Rau et Larombière, voir ce que nous avons dit *supra*, p. 664, note 2.

(2) V. une application dans Aix, 23 juin 1902, *Rec. Marseille*, 1902. 1. 262.

(3) L. 17, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8 : « *Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse* ». — V. aussi Voët, *Ad pandectas*, XLII, VIII, 14; Girard, 2e édit., *op. cit.*, p. 415, 3e éd., p. 422 ; Cuq, *op. cit.*, II, p. 490.

leur causait; par cela seul, il manque à la bonne foi qui doit présider à l'exécution des engagements (1).

658. La condition de la fraude du débiteur est toujours nécessaire pour le succès de l'action paulienne, car la loi l'exige en termes absolus. Art. 1167. Elle doit donc exister même lorsque l'acte attaqué par les créanciers est un acte à titre gratuit, une donation, par exemple. Le débiteur, conservant la libre disposition de ses biens, a le droit de donner aussi bien que de vendre, pourvu qu'il agisse de bonne foi.

Telle était la solution du droit romain (2), et elle avait été unanimement admise par les anciens jurisconsultes français (3). Remarquons immédiatement qu'elle est en parfaite harmonie avec les termes de l'art. 1167 et qu'elle découle logiquement des principes fondamentaux de la matière. Et d'abord, disons-nous, elle trouve un ferme appui dans le texte de l'art. 1167. En effet, ce texte vise d'une façon générale *les actes faits en fraude* des droits des créanciers; il ne distingue pas, et, par conséquent, il s'applique aussi bien aux actes à titre gratuit qu'aux actes à titre onéreux. En second lieu, que la solution traditionnelle soit conforme aux principes, cela ne nous paraît pas contestable. Quel est le fondement de l'action paulienne? Elle repose, comme nous l'avons expliqué, sur cette idée que le débiteur qui trahit ses créanciers en disposant frauduleusement de ses biens, cesse de les

(1) Marcadé, IV, n. 497; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-VIII; Laurent, XVI, n. 441; Vigié, II, n. 1249, p. 561; Thiry, II, n. 646, p. 634; Huc, VII, n. 220; Planiol, II, 1re édit., n. 333, 2e et 3e édit., n. 315. — Cpr. Larombière, II, p. 217 (art. 1167, n. 6). — La cour de cassation, conformément au principe posé ci-dessus, distingue la fraude paulienne du dol. — V. Req., 6 mai 1857, D., 57. 1. 299. — Civ. cass., 18 déc. 1893, S., 96. 1. 134, D. P., 94. 1. 263. Cette dernière décision pose le principe en ces termes : « En général, la fraude, au point de vue de l'art. 1167, consiste dans la connaissance qu'avait le débiteur de la dette dont il était tenu, et dans le fait qu'il a passé un acte par lequel il se rend insolvable ». — V. aussi Trib. civ. de Vitré, 16 nov. 1887, *Pand. fr. pér.*, 88. 2. 26. — Req., 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486. — Rennes, 18 janv. 1896, *Rec. d'Angers*, 1896, 193.

(2) L. 1, L. 6, §§ 8 et 12, L. 10, D., *hoc. tit.*; L. 79, D., *De reg. jur.*, L. 17.

(3) Ricard, *Donations*, sect. 3, n. 747-749; Lebrun, *Successions*, liv. III, ch. VIII, sect. 2, n. 27; Basnage, sur l'art. 279 de la *Cout. de Normandie*; Pothier, *Oblig.*, n. 153; *Commun.*, n. 533; *Success.*, ch. III, art. 1, § 2, al. 5, sect. 3, § 3, et *Introduction à la Cout. d'Orléans*, tit. XV, n. 67.

représenter. Elle n'a pas d'autre base. Elle suppose donc toujours que le débiteur agit en fraude des droits de ses créanciers; sans quoi, il représente ces derniers, qui, en conséquence, n'ont rien à dire. Ainsi, lorsque les actes du débiteur ne sont pas frauduleux, l'action paulienne, dans notre législation, serait un non-sens. Elle ne pourrait être admise à l'égard des actes à titre gratuit faits de bonne foi que si les auteurs du Code, introduisant quant à ces actes un principe nouveau, avaient écrit une disposition spéciale autorisant les créanciers à les faire annuler. Mais cette disposition n'existe pas, et, par suite, le débiteur, sauf le cas de fraude, conserve le droit de disposer de ses biens, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. D'ailleurs, en se prononçant pour l'opinion contraire, on se trouve étendre aux libéralités entre vifs la règle *Nemo liberalis, nisi liberatus;* or, cette règle a toujours été considérée comme particulière aux libéralités testamentaires (1).

659. On nous objecte que plusieurs textes du Code civil, notamment les art. 622 et 788, faisant l'application du principe de l'art. 1167 à certains actes par lesquels le débiteur se dépouille sans recevoir aucune compensation, semblent n'exiger que la condition du préjudice (2). « Les créanciers de l'usufruitier, dit l'art. 622, peuvent faire annuler la renon-

(1) V. Demolombe, XX, n. 397. — La jurisprudence est fixée dans ce sens : « Attendu que l'application de la maxime *Nemo liberalis nisi liberatus* est insuffisante pour procurer au créancier le bénéfice de l'action révocatoire; que le fait d'être débiteur ne frappe pas, par cela seul, d'indisponibilité, même à titre gratuit, les biens de celui qui doit; que le préjudice qu'il peut causer à ses créanciers ne suffit pas à faire annuler les actes de libéralité dont il a pu gratifier des tiers de bonne foi; que la démonstration d'une fraude par le créancier est toujours indispensable pour l'exercice de l'action paulienne et que cette fraude doit exister, qu'il s'agisse d'actes onéreux ou d'actes à titre gratuit; que les termes littéraux de l'art. 1167 sont, à cet égard, d'une précision absolue; que la seule distinction établie entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, c'est que pour l'annulation des premiers, le concert frauduleux, la collusion du débiteur et du cessionnaire de ses droits est nécessaire, tandis que, pour l'annulation des actes à titre gratuit, la fraude du débiteur est suffisante, alors même que la qualité de bonne foi du gratifié serait établie ». Besançon, 29 mars 1893, *Pand. fr pér.*, 93. 2. 339. — *Sic* Montpellier, 9 août 1886, *Pand. fr. pér.*, 86. 2. 341. — Bordeaux, 24 janv. 1894, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 94. 1. 93.

(2) On a également puisé des objections dans l'art. 1053 et dans l'art. 225; mais ce sont là des dispositions toutes spéciales.

ciation *qu'il aurait faite à leur préjudice* ». Même langage ou à peu près dans l'art. 788 [1]. Mais d'abord les mots « la renonciation *qu'il aurait faite à leur préjudice* peuvent très bien s'entendre comme signifiant : « la renonciation que le débiteur aurait faite *en vue de préjudicier à ses créanciers* », ce qui reviendrait à dire que la renonciation doit être frauduleuse. D'un autre côté, les art. 622 et 788 ont été décrétés avant l'art. 1167, et il est possible que le législateur n'ait pas voulu préjuger dans ces articles, où il faisait une application anticipée de l'action paulienne, la question de savoir si la fraude serait requise pour que cette action pût réussir ; le mot *préjudice* ayant l'avantage d'être très élastique et de laisser la question indécise, on a pu le préférer pour ce motif au mot *fraude* [2]. Ce qui donne un grand crédit à cette supposition, c'est que l'art. 1464, qui a été décrété postérieurement à l'art. 1167 et qui statue sur une hypothèse très analogue, pour ne pas dire identique, à celle de l'art. 788 (il s'agit de la renonciation à communauté), exige positivement la fraude. Ainsi donc voilà deux textes qui font une application particulière de l'action paulienne, le premier à la renonciation à succession (art. 788), le deuxième à la renonciation à communauté (art. 1464), deux matières qui ont toujours été régies par les mêmes règles. Or, tandis que le premier paraît seulement exiger que la renonciation soit préjudiciable aux créanciers, le deuxième exige positivement qu'elle soit faite en fraude de leurs droits. De cette différence, on ne voit guère d'autre explication rationnelle que celle-ci : c'est que,

[1] En ce sens Rennes, 6 avril 1875, S., 77. 2. 289, D. P., 77. 1. 137. — Grenoble, 2 août 1886, *Journ. de Grenoble*, 1887, p. 9.

[2] Aubry et Rau objectent que c'est sur l'observation du tribunal de cassation que le mot *préjudice* a été substitué au mot *fraude* dans les art. 622 et 788. V. Fenet, II, p. 587, et XIII, p. 12. Ils en concluent que c'est à dessein et après réflexion que cette substitution a été faite. V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 135, note 18, 5e édit., p. 224, note 18. — *Sic* Vigié, II, n. 1250. — Mais il ne résulte nullement des travaux préparatoires qu'en modifiant ainsi la rédaction du projet, les auteurs du Code civil aient eu l'intention de ne pas exiger la condition de la fraude dans les cas prévus par les deux articles dont il s'agit. Les passages des travaux préparatoires sont si peu décisifs en faveur d'Aubry et Rau qu'on a pu avec raison les invoquer en sens contraire. — V. Marcadé, IV, n. 497 ; Demolombe, XXV, n. 195, p. 189 ; Laurent, XVI, n. 445, p. 514.

dans l'art. 788, le législateur fait l'application d'un principe à établir, et il mesure ses expressions afin de ne rien préjuger quant aux conditions générales requises pour l'application du principe, tandis que, dans l'art. 1464, il ne craint plus de se compromettre, parce qu'il fait l'application d'un principe déjà établi. Il faut donc suppléer, dans l'art. 788, la condition de fraude exprimée positivement dans l'art. 1464 (1). Ces deux textes, se rattachant au même principe, doivent recevoir la même interprétation (2).

(1) Ce qui prouve bien toute la force de l'objection tirée de la présence du mot *fraude* dans l'art. 1464, c'est que certains partisans de l'opinion adverse répondent qu'il faut substituer l'expression de *préjudice* à celle de *fraude*, dont l'insertion dans l'art. 1464 ne pourrait s'expliquer, d'après eux, que par une « inadvertance ». — V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 136, note 18, 5e édit., p. 225, note 18. — Cpr. Duranton, X, n. 578. — N'est-ce pas compromettre le succès de leur thèse, que de recourir, pour la consolider, à un moyen aussi brutal ? — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, II, n. 1019; Planiol, III, n. 1236.

(2) V. dans notre sens Grenier, *Des donations*, I, n. 93; Proudhon, *De l'usufruit*, V, n. 2353-2356; Marcadé, IV, n. 497; Larombière, II, p. 223 (art. 1167, n. 14); Demolombe, XXV, n. 192-195; Laurent, XVI, n. 443-445; Huc, VII, n. 221; Planiol, II, 1re éd., n. 334, 2e et 3e édit., n. 313. — Cpr. Bourges, 12 mai 1863, joint à Cass., S., 65. 1. 65, D. P., 65. 1. 19. — Bruxelles, 12 juill. 1882, D. P., 83. 2. 107. — Parmi les auteurs dissidents, deux systèmes se sont fait jour. L'un distingue entre les renonciations gratuites prévues par les art. 622, 788 et 1053, pour lesquelles le simple préjudice suffirait, et les donations proprement dites pour lesquelles il faudrait, en outre, la fraude. — V. Capmas, p. 33 s.; Duranton, X, n. 578; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-IX et X; Vigié, II, n. 1250. — Mais, parmi les partisans de ce système, les uns, se fondant sur ce que, dans tous ces cas, il y a même raison de décider, assimilent, au point de vue de l'action paulienne, la renonciation dont parle l'art. 1464 à celles qui sont prévues dans les art. 622, 788 et 1053. — V. Capmas et Duranton, *loc. cit.* — Les autres enseignent que c'est seulement pour l'annulation des renonciations dont il est question dans ces trois derniers articles que la condition de la fraude n'est pas requise et qu'on ne peut pas étendre cette solution au cas de l'art. 1464, les exceptions étant de stricte interprétation. — V. Colmet de Santerre et Vigié, *loc. cit.* — Dans l'autre système, tous les actes gratuits, sans distinction, qu'il s'agisse de donations ou de simples renonciations, peuvent être attaqués par cela seul qu'ils nuisent aux créanciers. — V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 135-136, texte et note 18, 5e édit., p. 224-225, texte et note 18; Duranton, X, n. 577; Duvergier sur Toullier, III, n. 354, note 1; Massé et Vergé, III, p. 414. — Les arguments que nous avons présentés ci-dessus réfutent l'un et l'autre de ces systèmes. Le second a été expressément adopté par le Code civil portugais, dont l'art. 1035 est ainsi conçu : « Si l'acte ou le contrat est à titre gratuit, il peut donner lieu à rescision, *lors même que les contractants n'ont pas agi avec mauvaise foi* » (traduction Lepelletier). Ce texte, visant d'une façon générale « les contractants », s'applique aussi bien au débiteur qu'au tiers. Mais les auteurs du Code civil portugais ayant cru devoir

En tous cas, s'il fallait admettre que, dans les hypothèses prévues par les art. 622 et 788, la condition de fraude ne doit pas être suppléée, la disposition de ces articles constituerait une exception aux règles du droit commun et devrait à ce titre recevoir l'interprétation restrictive; par suite, ces textes étant relatifs à l'hypothèse d'une renonciation, acte unilatéral, leur disposition ne devrait pas être étendue à la donation, acte bilatéral, produit de deux volontés [1].

660. L'action paulienne réussira-t-elle contre un tiers de bonne foi? En d'autres termes, la fraude du débiteur suffit-elle pour le succès de l'action paulienne, ou bien faut-il, en outre, que celui avec qui le débiteur a traité et contre lequel l'action doit réfléchir soit lui-même de mauvaise foi, qu'il ait participé à la fraude commise par le débiteur, ou tout au moins qu'il en ait eu connaissance? La question doit se résoudre par une distinction traditionnelle.

a. Le tiers qui a traité avec le débiteur est-il un acquéreur à titre onéreux? L'action paulienne ne réussira contre lui qu'autant qu'il aura participé à la fraude. Ainsi le débiteur a vendu un immeuble à un acheteur qui en a payé le prix comptant. L'acheteur a-t-il su, au moment du contrat, que le débiteur se proposait pour but de soustraire ce prix à ses créanciers? ceux-ci pourront faire rescinder la vente par l'action paulienne et évincer l'acheteur. Ils ne le pourront pas, au contraire, si l'on suppose que l'acheteur a été de bonne foi.

b. Celui qui a traité avec le débiteur est-il un acquéreur à titre gratuit? plus généralement le tiers, auquel a profité l'acte accompli par le débiteur en fraude de ses créanciers, a-t-il réalisé ce profit gratuitement? La fraude du débiteur suffira pour le succès de l'action paulienne; la complicité du tiers ne sera pas nécessaire. Ainsi l'action paulienne réussira contre un donataire, alors même qu'il serait de bonne foi.

écrire une disposition formelle pour consacrer ce système, rien ne dit qu'à leurs yeux, il découlât des principes traditionnels de la matière. — Même observation pour le C. civ. mexicain, qui, dans son art. 1689, consacre la même solution que le C. civ. portugais. — Sur le point spécial de savoir si la condition de la fraude est requise dans le cas de l'art. 788, v. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. des succ.*, II, 1re édit., n. 2376 s., 2e édit., n. 1709-1710.

[1] *Comp.* Colmet de Santerre, V, n. 82-*bis*-IX.

Cette distinction, consacrée par une jurisprudence constante (1), était faite par la loi romaine (2), et avait été admise par nos anciens auteurs (3). Elle trouverait au besoin un point d'appui très résistant dans les art. 446 et 447 C. co., car ils s'y réfèrent d'une façon expresse. En outre, elle peut se justifier par les considérations suivantes. Les créanciers qui intentent l'action paulienne demandent la réparation d'un préjudice, *certant de damno vitando*. S'ils se trouvent en pré-

(1) Sur l'inutilité de la complicité du tiers quand l'acte attaqué est un acte à titre gratuit, v. Bordeaux, 19 nov. 1836, S., 37. 2. 481, D. P., 38. 2. 20. — Req., 30 juil. 1839, S., 40. 1. 227, D. P., 40. 1. 17; 2 janv. 1843, S., 43. 1. 114. — Douai, 4 mai 1846, S., 46. 2. 470. — Paris, 24 déc. 1849, S., 53. 2. 227, D. P., 50. 2. 195. — Bruxelles, 28 mai 1868, *Pas. Belge*, 69. 2. 256. — Req., 11 nov. 1878, S., 80. 1. 28, D. P., 79. 1. 416. — Paris, 24 déc. 1880, D. P., 81. 2. 203. — Caen, 31 mai 1883, D. P., 84. 2. 217. — Bordeaux, 19 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 86. 1. *Suppl.*, 128. — Montpellier, 9 août 1886, *Pand. fr. pér.*, 86. 2. 341. — Req., 7 fév. 1887, D. P., 87. 1. 401. — Douai, 9 fév. 1887, *Pand. fr. pér.*, 87. 2. 78. — Trib. Nancy, 28 nov. 1887, *Rec. arr. Nancy*, 88-89, p. 292. — Bordeaux, 23 fév. 1889, joint à Req., 21 mai 1889, S., 89. 1. 358. — Pau, 17 déc. 1890, D. P., 92. 2. 18. — Douai, 30 déc. 1890, D. P., 92. 2. 27. — Besançon, 29 mars 1893, *Pand. fr. pér.*, 93. 2. 339. — Civ. cass., 18 déc. 1893, S., 96. 1. 134, D. P., 94. 1. 263. — Paris, 4 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 29. — Sur la nécessité de la fraude chez le tiers, quand l'acte attaqué est à titre onéreux, v. Req., 13 mars 1854, S., 55. 1. 751, D. P., 54. 1. 248; 14 déc. 1858, S., 60. 1. 987, D. P., 59. 1. 150; 30 mars 1874, S., 74. 1. 264, D. P., 75. 1. 258; 22 août 1882, S., 83. 1. 25 (note de M. Lacointa), D. P., 83. 2. 296. — Chambéry, 18 janv. 1888, D. P., 88. 2. 259. — Trib. Annecy, 2 fév. 1888, *Loi* du 6 avril 1888. — Bordeaux, 23 fév. 1888, précité; 28 janv. 1889, *Journ. arr. Bordeaux*, 89. 1. 144; 21 mai 1889, précité. — Trib. Annecy, 12 avril 1889, *Loi* du 19 juil. 1889. — Trib. Lyon, 9 mai 1889, *Monit. judic. Lyon* du 23 juil. 1889. — Rouen, 9 déc. 1889, *Loi* du 14 juin 1890. — Paris, 13 mars 1890, D. P., 92. 2. 198. — Trib. civ. Seine, 17 mars 1891, *Loi* du 8 janv. 1892, *Droit* du 17 avril 1891. — Grenoble, 19 juin 1891, D. P., 92. 2. 198. — Trib. Vienne, 11 août 1892, *Droit* des 26-27 sept. 1892, *Monit. judic. Lyon* des 14-15 sept. 1892. — Trib. civ. Charleville, 4 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 95.1, *Suppl.*, 24. — Req , 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 22. — Civ. cass., 7 juil. 1896, S., 96. 1. 405, D. P., 96. 1. 419. — Trib. civ. Auxerre, 23 déc. 1896, *Pand. fr. pér.*, 97. 2. 312, *Gaz. Trib.*, 23 mars 1897. — Paris, 9 août 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 506. — Trib. civ. Seine, 7 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 99, 2e sem., 1. 442. — Req., 11 avril 1902, D. P., 1903. 1. 465. — Rouen, 27 déc. 1902, *Gaz. Pal.*, 1903, 1. 559.

(2) V. pour les actes à titre gratuit, L. 6, §§ 11 et 13, D., *Quæ in fraudem credit.*, XLII, 8, et, pour les actes à titre onéreux, L. 6, § 8, *eod. tit.* — Accarias, *op. cit.*, II, n. 851, p. 943; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 415 *in fine*, 3e édit., p. 422 *in fine*; Cuq, *op. cit.*, II, p. 490 *in fine*, 491.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 153, et *Cout. d'Orléans*, tit. XV, n. 67; Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. II, tit. X, sect, 1, n. 2 (édit. Rémy, II, p. 496). — V. aussi Voet, *Ad. Pand.*, XLII, VIII, 5 (t. II, p. 820).

sence d'un acquéreur à titre onéreux, ils luttent contre un adversaire dont la situation est équivalente à la leur, en ce sens que lui aussi cherche à éviter un préjudice; car, s'il succombe, il sera en perte, puisqu'il a fourni l'équivalent du bien dont on prétend le dépouiller. Les deux parties adverses sont donc dans une situation également favorable. L'adage *In pari causa possessor potior haberi debet* doit faire donner la préférence à l'acquéreur (1), à moins cependant qu'il ne soit de mauvaise foi, car, alors, il ne mérite plus la protection de la loi. On peut même dire que, sauf dans cette dernière hypothèse, la situation du tiers est bien plus digne d'intérêt que celle du créancier; car le tiers, en contractant avec le débiteur, qui, d'après la loi, avait pleine capacité de contracter, n'a fait qu'user de son droit; il n'a commis aucune imprudence; le créancier, au contraire, doit se reprocher de ne pas avoir exigé du débiteur des garanties particulières. Autre est le cas où les créanciers trouvent en face d'eux un acquéreur à titre gratuit, ou, plus généralement, un tiers qui n'a pas fourni la contre-valeur de l'avantage dont on prétend le priver à l'aide de l'action paulienne. Celui-là lutte pour s'assurer un bénéfice, *certat de lucro captando :* sa défaite aura pour résultat, non pas de lui faire subir une perte, mais seulement de le priver d'un gain (2). Entre deux adversaires dont l'un (le créancier) prétend s'enrichir, tandis que l'autre (le tiers) veut simplement ne pas perdre, la loi n'hésite pas : elle donne la préférence au premier, le second fût-il de bonne foi. Dans cette hypothèse, c'est le droit du créancier qui est plus digne d'intérêt (3).

(1) L. 128, D., *De reg. jur.*, L, 17.

(2) « Et si cui donatum est, non esse quærendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit; sed hoc tantum an fraudentur creditores ? *Nec videtur injuria affici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur* ». L. 6, § 11, D., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8.

(3) En ce sens tous les auteurs. — V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XI; Larombière, II, p. 232-233 (art. 1167, n. 26 et 30); Demolombe, XXV, n. 196 et 197; Laurent, XI, n. 446; Huc, VII, n. 220 et 221, p. 297; Planiol, II, 1re édit., n. 342-345, 2e et 3e édit., n. 321-324. — Cpr. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 136, 5e édit., p. 225-226. — Solution expresse dans le C. civ. hollandais, art. 1377, dans le C. civ. italien, art. 1285, le C. civ. arg., art. 968, et dans le C. civ.

La cour de cassation a fait, de ce principe, une intéressante application par un arrêt du 11 avril 1902 : l'acte par lequel un mari insolvable fait passer sciemment, lors de la liquidation des reprises de sa femme, dans la classe des propres un bien qui a incontestablement le caractère d'acquêt, de manière à constituer sa femme, renonçante à la communauté, créancière d'une somme qui ne lui était pas due, est, au regard de la femme, à titre non onéreux, mais gratuit, aucune contre-valeur n'étant sortie du patrimoine de celle-ci en échange de la créance fictive créée en sa faveur. Les créanciers du mari peuvent donc exercer l'action paulienne sans avoir à établir que la femme a colludé avec leur débiteur (1).

661. Mais, si le tiers acquéreur à titre gratuit ne peut pas, nonobstant sa bonne foi, conserver le gain qui résulte pour lui de l'acte attaqué, on ne saurait prétendre en sens inverse que l'action paulienne peut être pour lui une cause d'appauvrissement (2). Sans quoi la loi lui tendrait un véritable piège, ce qui serait vraiment inexcusable. Il ne sera donc jamais tenu que dans les limites de son enrichissement (3) et pourra même, en vertu de l'art. 549, conserver les fruits de la chose acquise à titre gratuit, pourvu qu'il les ait perçus de bonne foi (4).

662. En principe la fraude exigée de la part du tiers pour l'annulation des actes à titre onéreux résulte suffisamment du fait que le tiers, au moment où il a traité avec le débiteur, savait que celui-ci était déjà insolvable, ou que l'acte dont il s'agissait allait faire naître son insolvabilité (5).

portugais, art. 1034-1035. Ce dernier code, nous l'avons dit, n'exige même pas, pour l'annulation des actes à titre gratuit, la mauvaise foi du débiteur.

(1) Arrêt précité.

(2) « *In hos tamen qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non* » L, 6, § 11, D., *hoc tit.* — Pour les applications de ce principe, v. *infra*, n. 719 *in fine*. — V. aussi *infra*, n. 668 *in fine*.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XI, *in fine;* Larombière, II, 233 (art. 1167, n. 29); Demolombe, XXV, n. 258; Huc, VII, n. 221 *in fine*. — Civ. rej., 9 janv. 1865, S., 65. 1. 65, D. P., 65. 1. 19. — Cpr. Caen, 31 mai 1883, D. P., 84. 2. 217. — V. *infra*, n. 719.

(4) Colmet de Santerre, Demolombe et Huc, *loc. cit.;* Mourlon, II, n. 1177.

(5) Proudhon, *Usufr.*, V, n. 2361 et 2362 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 136, 5e édit.,

Mais il ne suffirait pas que le tiers sût, au moment où il traitait avec le débiteur, que ce dernier avait des créanciers, la personne qui a des créanciers n'étant pas pour cela au-dessous de ses affaires (1).

663. D'après une jurisprudence que nous trouvons fort sage, la connaissance que le tiers avait de l'insolvabilité du débiteur ne prouve pas sa complicité si, en contractant avec le débiteur, il a simplement fait un acte qui n'exclut à aucun degré la bonne foi, notamment s'il a voulu sauvegarder ses intérêts légitimes (2). Ainsi, lorsqu'un non-commerçant en déconfiture paie un de ses créanciers par préférence aux autres (3), lui fait une dation en paiement (4) ou lui confère une hypothèque (5), cet acte ne peut pas être attaqué par

p. 226; Demolombe, XXV, n. 203; Laurent, XVI, n. 448; Huc, VII, n. 220, p. 295. — Req., 6 mai 1857, D. P., 57. 1. 299. — Trib. Vitré, 16 nov. 1887, *Pand. fr. pér.*, 88. 2. 26. — Req., 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486. *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 22. — Rennes, 18 janv. 1896, *Rec. Angers*, 1896, 193. — Cpr. Larombière, II, p. 234 (art. 1167, n. 30).

(1) Trib. civ. Lyon, 25 avril 1894, *Monit. Lyon*, 19 oct. 1894. — V. aussi dans le même sens L. 10, § 2, D., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8. — Demolombe, Larombière et Laurent, *loc. cit.* — Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que le tiers ait pris part à la fraude avec l'intention d'en profiter; Domat était d'un avis contraire. V. *Lois civ.*, 1re part., liv. II, tit. X, sect. I. Mais Voet se prononçait déjà pour l'opinion qui triomphe aujourd'hui. V. Voet, *Ad Pand.*, XLII, VIII, 4 (t. II, p. 820).

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 140, 5e édit., p. 231; Demolombe, XXV, n. 225; Larombière, II, p. 246 (art. 1167, n. 40); Laurent, XVI, n. 480 et 481; Planiol, II, 1re édit., n. 327, 2e et 3e édit., n. 306. — Dijon, 20 déc. 1897, D. P., 1900. 2. 364.

(3) Bordeaux, 29 juin 1898, *Journ. arr. de Bordeaux*, 99. 1. 28. — Trib. de Pont L'Evêque, 10 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 56. — V. aussi Bruxelles, 12 juill. 1882 (paiement de primes d'assurance exigibles), D. P., 83. 2. 107. — Dans le même sens, Planiol, *loc. cit.*

(4) La Réunion, 28 mai 1853, joint à Civ. rej., 6 juillet 1858, D. P., 58. 1. 414. — Trib. civ. Rennes, 14 août 1891, D. P., 93. 2. 246. — Orléans, 11 novembre 1891, *Pand. fr. pér.*, 92. 2. 269. — Poitiers, 9 mars 1893, S., 94. 2. 153, D. P., 95. 2. 121 (note conforme de M. Planiol). — Trib. civ. Mons, 2 nov. 1895, *Pasicr. belge*, 96. 3. 70. — Trib. civ. Dieppe, 16 juil. 1896, D. P., 99. 2. 489. — Trib. civ. Seine, 29 juin 1898, *Mon. Lyon*, 14 nov. 1898. — Caen, 28 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 56. — Bordeaux, 31 janv. 1899, *Journ. arr. de Bordeaux*, 99. 1. 220, *Gaz. des trib.*, 99. 2e sem., 1. 493. — Grenoble, 20 juin 1900 (cession consentie par un débiteur à un de ses créanciers), D. P., 1902. 2. 277. — Trib. com. Nantes, 30 nov. 1901 (cession par un débiteur à un de ses créanciers du bénéfice d'une assurance sur la vie), *Rec. Nantes*, 1902. 1. 197. — Rapprochez Laurent, XVI, n. 481. — Cpr. Caen, 24 juill. 1857, D. P., 58. 2. 12. — V. toutefois Req., 24 janv. 1900, S., 1901. 1. 237, D. P., 1900. 1. 207; 27 nov. 1900, D. P., 1901. 1. 100.

(5) Civ. cass., 3 mars 1869, S., 69. 1. 149, D. P., 69. 1. 200. — Req., 22 août 1882,

l'action paulienne, bien que le créancier qui en a profité ait connu l'insolvabilité du débiteur. Les dispositions exceptionnelles des art. 446 et 447 C. com., en effet, ne peuvent pas être étendues à la déconfiture. Les règles de celle-ci ne sont pas les mêmes que celles de la faillite, ou plutôt la déconfiture, à la différence de la faillite, n'est pas organisée par notre législation. Un texte spécial serait indispensable pour que les dispositions des art. 446 et 447 C. com. fussent applicables au cas d'insolvabilité d'un non commerçant. Or ce texte n'existe pas (1). Au surplus, comme le dit très justement la cour de la Réunion, « le délai de dix jours dont parle l'art. 446 C. com., fixe un point de départ, la faillite ou la cessation des paiements, qui manquerait pour faire annuler par assimilation les paiements faits à un créancier au préjudice de la masse par un débiteur en déconfiture » (2).

Ainsi, au cas de paiement, de dation en paiement ou de constitution d'hypothèque, le créancier au profit duquel cet acte a été fait ne saurait être considéré comme ayant agi frauduleusement par cela seul qu'il avait connaissance de l'insolvabilité du débiteur : « Ces sortes d'arrangement, — comme l'explique la cour de Bordeaux, — ne tombent sous le coup de l'action paulienne que lorsqu'il y a *tromperie ou fraude organisée contre les tiers,* notamment lorsque le concert frauduleux résulte de dissimulations portant soit sur l'existence de la créance ou sa qualité, soit sur les évaluations de la chose donnée en paiement, ou enfin, lorsqu'il a eu pour but de tromper la vigilance d'autres créanciers pour les empêcher de se prémunir contre l'acte incriminé » (3).

En un mot, il faut que, par des manœuvres déloyales, le créancier désintéressé ou pourvu de la garantie ait endormi ou déjoué la vigilance des tiers. Ce qui revient à dire que, dans l'hypothèse, on écarte la notion spéciale de la fraude paulienne pour revenir à la conception générale de la fraude.

S., 83. 1. 25, D.P., 83. 1. 296. — Dijon, 19 déc. 1897, D. P., 1900. 2. 364. — Bordeaux, 8 déc. 1899, *Journ. arr. de Bordeaux,* 1900. 1. 58. — Grenoble, 20 juin 1900, précité. — V. *infra*, n. 669.

(1) Sur la nécessité d'organiser la déconfiture, V. *infra,* n. 682.

(2) Arrêt du 28 mai 1853, précité.

(3) Bordeaux; 29 juin 1898, précité.

664. Les juges du fond ont, d'ailleurs, le pouvoir d'apprécier souverainement, d'après les circonstances de la cause, les faits sur lesquels se fonde le demandeur pour établir la fraude soit du débiteur, soit du tiers (1).

Il leur appartient aussi de déclarer si, à raison de ses éléments, l'acte attaqué est à titre gratuit ou à titre onéreux, et, sur ce point, ils ont toute liberté d'appréciation, nonobstant la dénomination que les parties ont donnée à cet acte (2).

Mais, si leur pouvoir est souverain quant à la détermination des éléments constitutifs de l'acte attaqué, leur décision serait sujette à cassation en tant qu'elle méconnaîtrait la nature et les caractères juridiques de l'acte que les éléments par eux constatés supposent légalement (3).

665. Conformément au principe de l'art. **1315**, l'existence des diverses conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne devra être établie par celui qui intente cette action. La preuve qui incombe à ce dernier est donc complexe. Ainsi que la cour suprême le pose en principe : « Pour triompher dans l'action paulienne, il faut prouver que l'acte dont on demande la révocation a rendu le débiteur insolvable ou a augmenté son insolvabilité, que le débiteur a eu connaissance de ce résultat et que le tiers acquéreur à titre onéreux en a eu également connaissance » (4).

(1) Req., 28 août 1871, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 403-4° ; 16 avril 1889, S., 91. 1. 106, D. P., 90. 1. 260, *Pand. fr. pér.*, 89. 1. 428 ; 27 nov. 1889, *Pand. fr. pér.*, 91. 1. 61. — Civ. cass. (rej. sur ce moyen), 7 mai 1894, S., 98. 1. 511, D. P., *Pand. fr. pér.*, 94. 1. 502. — Req., 21 oct. 1895, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 312. — Civ. cass., 7 juil. 1896, S., 96. 1. 405, D. P., 96. 1. 519. — Req., 1er juil. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 205. — Civ. rej., 21 déc. 1897, S., 1901. 1. 349. — Req., 3 mai 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 633 ; 12 déc. 1898, S., 99. 1. 120, D. P., 99. 1. 304, *Pand. fr. pér.*, 99. 1. 470 ; 24 janv. 1900, S., 1901. 1. 237, D. P., 1900. 1. 207, *Gaz. Pal*, 1900. 1. 265 ; 27 nov. 1900. S., 1901. 1. 119, *Pand. fr. pér.*, 1901. 1. 246, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 687. — V. en outre D, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 988, et Aix, 22 juil. 1872, D. P., 73. 5. 334.

(2) Grenoble, 5 nov. 1889, *Journ. arr. Grenoble et Chambéry*, 90. 1. 100. — Trib. civ. Charleville, 4 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1, *Suppl.* 24. — V. cep. Civ. cass., 18 déc. 1893, S., 96. 1. 134, D. P., 94. 1. 263.

(3) V. Civ. cass., 3 mars 1869, S., 69. 1. 149, D. P., 69. 1. 200. — V. aussi D. *Rép. alph.*, v° *Cassation*, n. 1709.

(4) Req., 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486. — V. aussi Paris, 13 mars 1890, D. P., 92. 2. 198. — Trib. civ. de Rennes, 14 août 1891, D. P., 93. 2. 246. — Bordeaux, 24 janv. 1894, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 94. 1. 93.

666. Il va de soi que la fraude du tiers, tout comme celle du débiteur, pourra toujours être établie par tous les modes de preuve, notamment par témoins ou par présomptions, car, évidemment, on ne peut pas raisonnablement exiger des créanciers, demandeurs à l'action paulienne, qu'ils se soient procuré la preuve littérale de la complicité du tiers. Art. 1348, al. 1, et art. 1353 (1).

667. L'action paulienne peut-elle atteindre un sous-acquéreur? Il faut distinguer :

a. Le premier acquéreur, celui qui a traité directement avec le débiteur, n'était pas passible de l'action paulienne. Ainsi le débiteur a vendu un immeuble en fraude des droits de ses créanciers à quelqu'un qui ignorait cette fraude; l'acheteur devenant en ce cas propriétaire incommutable, il est clair que les sous-acquéreurs, auxquels il transmettra lui-même la propriété du bien, ne pourront pas être inquiétés (2).

b. Le premier acquéreur était passible de l'action paulienne. On admet généralement, tant en doctrine qu'en jurisprudence, qu'il y a lieu d'appliquer alors aux sous-acquéreurs la même distinction qu'aux acquéreurs du premier degré. En d'autres termes, l'action paulienne réussira contre le sous-acquéreur, s'il a acquis à titre gratuit (3), ou si, ayant acquis à titre onéreux, il a participé à la fraude; elle ne réussira pas au contraire contre un sous-acquéreur à titre onéreux de bonne foi (4). C'était la solution admise en droit romain (5), et cette

(1) Jugé toutefois qu'il ne suffit pas que l'acte attaqué ait été considéré comme suspect dans une instance antérieure. Alger, 14 janv. 1896, D. P., 96. 2. 344. — V. aussi Trib. civ. de Gand, 30 déc. 1895, *Pasicr. belge*, 96, 3, 74. — Bordeaux, 8 déc. 1899, précité.

(2) Toutefois, par exception, l'action paulienne serait admissible contre le sous-acquéreur, si la première vente n'avait été faite qu'en vue de couvrir la fraude déjà concertée entre le débiteur et le futur sous-acquéreur. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 137, note 23, 5e édit., p. 227, note 23; Demolombe, XXV, n. 199 *in fine*.

(3) Gand, 6 avril 1889, *Pasicr. belg.*, 89. 2. 324.

(4) Req., 24 mars 1830, S., 30. 2. 252, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2275. — Civ. rej., 2 fév. 1852, S., 52. 1. 234, D. P., 52. 1. 49. — Req., 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 22.

(5) L. 9, D., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8. — Paul, dans ce texte, donne de sa décision le motif suivant : « *Quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit* ».

considération peut paraître décisive dans une matière toute traditionnelle.

Quelques auteurs soutiennent cependant que l'action paulienne, lorsqu'elle est admissible contre le premier acquéreur, l'est aussi forcément contre le sous-acquéreur, alors même que celui-ci a contracté à titre onéreux et sans connaître l'insolvabilité du débiteur. Pour combattre, sur ce point, la solution traditionnelle, ces auteurs s'appuient sur la maxime *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* et sur cette autre maxime, qui n'est qu'une conséquence de la première, *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. L'acquéreur primitif, disent-ils, n'avait qu'un droit révocable; il n'a donc pu transmettre au sous-acquéreur qu'un droit de même nature. Mais, croyons-nous, ce n'est pas le cas d'appliquer les règles formulées dans les deux maximes que nous venons de reproduire.

Du moment que l'action paulienne n'est pas accordée contre le premier acquéreur s'il a contracté à titre onéreux et de bonne foi, il faut logiquement donner la même solution en ce qui concerne le sous-acquéreur qui a traité dans les mêmes conditions. Il y a, en effet, quant à lui, même raison de décider. Le débiteur n'avait certainement pas le droit de faire un acte en fraude de ses créanciers. Cependant, s'il a passé outre, que décide-t-on ? Le tiers, son ayant cause, s'il a contracté à titre onéreux et dans l'ignorance de l'insolvabilité du débiteur, acquiert un droit irrévocable. L'acte frauduleux, nonobstant la prohibition légale, produit donc le même effet qu'un acte fait de bonne foi par le débiteur. La vérité, c'est que, dans ce cas, comme on se trouve dans la nécessité de sacrifier ou les créanciers ou l'acquéreur, on préfère se prononcer en faveur de celui-ci, qui, à raison de sa bonne foi, est aussi digne d'intérêt que les créanciers et qui a sur eux l'avantage de pouvoir invoquer la règle *In pari causa, possessor potior haberi debet*. On peut faire valoir avec tout autant de raison le même argument au profit du sous-acquéreur. Il a également sur les créanciers cette supériorité qu'il est en possession. On doit d'autant moins hésiter à le faire bénéficier de sa bonne foi qu'en général il lui était bien plus difficile qu'à l'acquéreur

primitif de connaître l'insolvabilité du débiteur. On voit donc qu'il faut écarter la règle *Nemo plus juris...*, car, si on l'introduisait dans la matière, on devrait en faire aussi l'application au premier acquéreur, alors que tous les auteurs reculent devant cette solution. Enfin, n'y a-t-il pas lieu, pour cette question comme pour toutes les autres que fait naître l'exercice de l'action paulienne, d'interpréter le silence du Code dans le sens de l'acceptation de la doctrine traditionnelle? Or, nous le répétons, le droit romain faisait, relativement au sous-acquéreur, la distinction que nous venons d'indiquer.

Laurent objecte qu'aujourd'hui la tradition se trouve, sur ce point, répudiée par un texte formel, puisque, aux termes de l'art. 2125 : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Mais ne peut-on pas dire qu'en renvoyant sans distinction aux principes posés par les jurisconsultes romains relativement à l'action paulienne, le législateur a admis, quant à celle-ci, une dérogation à la règle de l'art. 2125? Il faut absolument, en effet, s'en tenir à la doctrine traditionnelle pour la solution des diverses difficultés que soulève l'étude de l'action paulienne. Ce qui le prouve bien, c'est l'observation suivante : On a vu que le Code s'exprime en ces termes absolus : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes *faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». Art. 1167, al. 1. Est-ce à dire que l'acte à titre onéreux qui est frauduleux de la part du débiteur, peut être toujours révoqué, ainsi qu'on serait autorisé à le décider si la lettre de la loi pouvait l'emporter ici sur la tradition? Tous les auteurs, Laurent comme les autres, tous les tribunaux répondent négativement. Cependant il s'agit bien d'un acte *fait par le débiteur en fraude des droits des créanciers!* Mais, en s'appuyant sur la tradition, la doctrine et la jurisprudence décident qu'il faut, pour que l'action paulienne soit admissible, que le tiers, acquéreur à titre onéreux, ait été complice de la fraude. Elles ne sont pas arrêtées par cette considéra-

tion que le principe général posé par l'art. 1167 ne formule point cette exigence, et que, par suite, il semblerait résulter des termes de cet article que le législateur a rompu sur ce point avec la théorie traditionnelle. Or, ici, personne ne reproche aux commentateurs de ne pas respecter la loi. On admet donc qu'un principe énoncé d'une façon absolue se trouve restreint dans son application par le renvoi que l'art. 1167 fait implicitement à la tradition. Pourquoi, dans notre cas, en serait-il autrement de la règle contenue dans l'art. 2125? Pourquoi le texte de cet article devrait-il, plus que celui de l'art. 1167, l'emporter sur les solutions adoptées par les jurisconsultes romains? Et, en sens inverse, si l'on admet que les termes absolus de l'art. 2125 doivent prévaloir sur la tradition, ne faut-il pas logiquement reconnaître la même force aux termes non moins absolus du premier alinéa de l'art. 1167?

Laurent objecte aussi qu'en distinguant pour le sous-acquéreur, comme pour l'acquéreur, suivant qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi, on court le risque de rendre illusoire le secours que l'action paulienne offre aux créanciers. Il suffira, en effet, pour que ce secours leur échappe, que le premier acquéreur, complice de la fraude, revende la chose, dans un bref délai, à un sous-acquéreur de bonne foi. Les créanciers auront toujours sans doute le droit d'agir contre l'acquéreur primitif; mais, en fait, il sera ordinairement insolvable, et les créanciers, s'ils le poursuivent, en seront pour leurs frais. On ne peut pas méconnaître qu'il y a là, en effet, au point de vue pratique, un danger réel, et, en conséquence, on peut estimer que le législateur aurait bien fait de consacrer la solution contraire à la théorie romaine. Mais il est très probable qu'il n'a pas aperçu ce danger, et, dans tous les cas, la considération de celui-ci ne l'a pas touché, comme le prouve bien le renvoi général qu'il a fait aux règles traditionnelles [1].

[1] *Sic* Proudhon, *Usufr.*, V, n. 2412; Duranton, X, n. 582-583; Capmas, *op. cit.*, n. 74; Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1853, III, p. 857, n. 6; Marcadé, IV, n. 499 *bis*; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XII; Larombière, II, p. 252 (art. 1167, p. 46); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 137, texte et note 23, 5e édit., p. 226, *in fine*, et 227, texte et note 23 (ces auteurs s'étaient d'abord prononcés pour l'opinion opposée); Demo-

668. Mais, quand le sous-acquéreur, à raison de sa bonne foi, échappe à l'action paulienne, le premier acquéreur n'en demeure pas moins soumis à cette action, s'il n'a pas fourni l'équivalent de l'avantage qu'il a reçu du débiteur, ou s'il a été complice de la fraude. L'acquéreur primitif de mauvaise foi, qu'il ait acquis à titre gratuit ou à titre onéreux, doit, s'il vend la chose, faire compte aux créanciers demandeurs du prix par lui reçu et, si ce prix est encore dû, leur céder sa créance. Mais nous supposons, bien entendu, qu'il s'agit d'un prix sérieux, c'est-à-dire représentant la valeur réelle de la chose ; sans quoi, c'est de cette valeur même que l'acquéreur primitif serait tenu envers les créanciers. Si cet acquéreur est un donataire de bonne foi, il devra seulement faire compte aux créanciers du montant de l'enrichissement que lui aura procuré la nouvelle aliénation, et, si le prix ne lui a pas été encore payé, il ne sera obligé que de leur céder sa créance [1].

669. Dans certains cas, la question de savoir si la constitution d'hypothèque est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux est assez délicate. Si l'hypothèque est conférée par le contrat même qui fait naître la créance dont elle est l'accessoire, il ne saurait y avoir de difficulté. Alors, en effet, suivant que ce contrat est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux, la constitution d'hypothèque présente le premier ou le second de ces caractères. Si, par exemple, l'hypothèque est conférée dans un contrat de donation et pour en assurer l'exécution, il faut y voir un supplément de libéralité.

Le problème se pose quand la constitution d'hypothèque est consentie après coup. Relativement à cette hypothèse, la

lombe, XXV, n. 200 ; Vigié, II, n. 1252 ; Huc, VII, n. 223 ; Planiol, II, 1re édit., n. 346, 2e et 3e édit, n. 325. — Paris, 11 juil. 1829, S., 30. 2. 16, D., *Répert alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2275 — Req., 24 mars 1830, S., 30. 2. 252, D., *Répert. alph.*, *loc. cit.* — Civ. rej., 2 fév. 1852, S., 52. 1. 234, D. P., 52. 1. 49. — Orléans, 10 fév. 1876, S., 76. 2. 321, D. P., 77. 2. 113. — Dijon, 31 juil. 1878, S., 79. 2. 21. — Cpr. Gand, 6 août 1862, *Pasicr. belge*, 63. 2. 54. — *Contra* Duvergier sur Toullier, III, 2me part. (ancien tome VI), n. 252, p. 227, note 1 ; Laurent, XVI, n. 465-466. — Amiens, 26 mars 1825, S., 25. 2. 417. — Paris, 2 fév. 1832, Dall., *Répert. alph.*, v° *Hypothèques*, n. 735. — Lyon, 23 janv. 1863, D. P., 66. 1. 165. — Haute-Cour des Pays-Bas, 28 mars 1884, S., 85. 4. 9 (note d'Esmein dans le premier sens).

[1] Capmas, *op. cit.*, n. 46 ; Larombière, II, p. 254 (art. 1167, n. 48) ; Demolombe, XXV, n. 202.

jurisprudence établit une distinction qui nous paraît très juste. D'après elle, la constitution d'hypothèque est un acte à titre gratuit quand l'hypothèque a été conférée « sans aucun équivalent en retour », « sans condition », pour garantie d'une créance non exigible. Elle peut être alors annulée en vertu de l'art. 1167, même s'il n'y a pas eu complicité de la part du créancier hypothécaire (1).

Elle présente, au contraire, le caractère d'acte à titre onéreux quand elle est consentie pour sûreté d'une créance exigible, et, en conséquence, elle ne peut être alors révoquée en vertu du même article que si le créancier hypothécaire a participé à la fraude.

En vain objecterait-on les termes de l'art. 1105 : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit »; en vain dirait-on que, dans l'espèce, l'engagement primitif ne mettait nullement le débiteur dans la nécessité de fournir la garantie dont il s'agit, et que, par suite, la concession de cette garantie est une véritable faveur. Comme a très bien répondu la cour de cassation, le débiteur d'une somme exigible, qui constitue une hypothèque au profit du créancier de cette somme, accorde simplement ce que celui-ci aurait pu réclamer en justice. On ne saurait donc assimiler une pareille concession à un contrat à titre gratuit; elle présente tous les caractères d'un contrat à titre onéreux (2).

Peut-être se demandera t-on s'il n'y a pas lieu, relativement aux constitutions d'hypothèques, de faire une distinction analogue à celle que l'on trouve dans l'art. 446 C. co. : Toute hypothèque constituée par le failli pendant la période suspecte, après que la dette dont elle garantit le paiement a

(1) *Sic* Douai, 4 mai 1846, S., 46. 2. 470, D. P., 46. 2. 154. — Cpr. Civ. cass., 22 août 1876, S., 77. 1. 54, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Contrat de mariage*, n. 343. — V. *infra*, n. 678. — *Contra* Bordeaux, 23 mai 1861, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 1861, p. 179. Cette dernière décision exige la complicité du créancier même quand l'hypothèque a été constituée pour sûreté de dettes non exigibles.

(2) Req., 22 août 1882 (hypothèque consentie pour sûreté du paiement d'une dot exigible), S., 83. 1. 25, D. P., 83. 1. 296. — V. aussi Bordeaux, 8 déc. 1899, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 1900. 1. 58. — Rapp. *supra*, n. 663.

été contractée, est considérée par le législateur comme entachée de fraude, et, en conséquence, elle est nulle de droit. Peut-on dire que par analogie, dans le cas où le débiteur est un non-commerçant, la constitution d'hypothèque consentie par lui alors qu'il est déjà insolvable et postérieurement à la naissance de la dette, doit être réputée frauduleuse ? Non, évidemment ! sans quoi on admettrait une présomption légale qui ne serait établie par aucun texte de loi.

Il y aurait certainement avantage à ce qu'une pareille présomption existât, et il serait bon qu'elle fût comprise dans une organisation de la déconfiture. Mais, dans l'état actuel de notre législation, il ne saurait en être question [1].

670. De plus, il faut remarquer que si certains actes sont à titre gratuit au regard du débiteur, ils n'ont point ce caractère au regard du tiers avec lequel il traite. Tel est le cautionnement.

Aussi les créanciers de celui qui s'est porté caution ne peuvent attaquer cet acte au moyen de l'action paulienne que si le créancier au profit duquel le cautionnement a été consenti a participé à la fraude [2].

671. Mais c'est surtout la constitution de dot qui doit appeler ici notre attention. Faut-il y voir, comme l'a constamment fait la cour de cassation, un acte à titre onéreux? Pour répondre à cette question, nous envisagerons successivement le cas où la constitution de dot émane de la femme elle-même, celui où la dot est constituée au profit de la femme par son père, sa mère ou un tiers quelconque, celui où la dot est constituée au profit du mari.

672. A. Quand la constitution de dot émane de la femme elle-même, on s'accorde à lui reconnaître le caractère d'acte à titre onéreux. Le mari reçoit la dot pour faire face aux charges du ménage. Art. 1540. Il n'est point donataire ; d'ailleurs, la femme n'a nullement l'intention de lui faire une libéralité. Sous certains régimes, il devient propriétaire ou usufruitier des biens apportés en dot. Art. 1530, 1549, 1551,

(1) Sur la nécessité d'organiser la déconfiture, voir *infra*, n. 682.
(2) Req., 13 mars 1854, S., 55. 1. 751, D. P., 54. 1. 248.

1552. Sous d'autres régimes, il devient créancier d'une fraction des revenus, soit de tous les biens de la femme, soit de certains d'entre eux. Art. 1537 et 1575. Mais, quelles que soient les conventions matrimoniales, le droit qu'il acquiert sur la dot lui est conféré en retour de l'engagement qu'il prend de subvenir aux charges du ménage. Dans tous les cas, par conséquent, la constitution de dot émanant de la femme elle-même est à titre onéreux en ce qui concerne le mari (1).

673. B. Quand la dot est constituée au profit de la femme par son père, sa mère ou un tiers quelconque, il faut distinguer deux contrats successifs : celui par lequel une personne fait une donation à la future épouse, et celui par lequel cette dernière apporte en dot à son mari les biens qui lui ont été donnés par le premier contrat (2).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 138, 5e édit., p. 228; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contr. de mar.*, I, n. 242. — Req., 6 juin 1849, S., 49. 1. 481, D. P., 49. 1. 324.

(2) Sic Demolombe, XXV, n. 211; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n. 243, p. 200. — C'est pour n'avoir pas distingué deux contrats successifs dans l'hypothèse où la constitution de dot est faite par un tiers au profit de la femme, que certaines cours d'appel ont décidé, dans les premiers temps, que la complicité du mari n'était pas une condition de l'action paulienne : « Considérant, en ce qui regarde l'autre époux, dit la cour de Rennes dans un arrêt du 10 juillet 1843, qu'il serait difficile de concevoir qu'un acte de pure libéralité au profit de l'enfant devînt un acte à titre onéreux vis-à-vis d'une autre personne en faveur de laquelle les disposants n'ont pas contracté... » S., 45. 1. 152 (joint à cass.). — Cpr. Montpellier, 6 août 1842, S., 42. 2. 518. — Mais, dans l'opinion à laquelle nous nous rangeons, on ne prétend point que la donation faite à titre de dot varie de nature selon qu'on l'envisage au point de vue de la femme ou au point de vue du mari. On soutient que celui-ci acquiert un droit en vertu d'un acte distinct de celui qui a créé le droit de la femme. Il n'y a donc rien de contradictoire à ce que le mari acquière à titre onéreux tandis que la femme acquiert à titre gratuit. — D'autres arrêts se sont placés à un point de vue tout différent pour juger que la constitution de dot faite à la femme peut être annulée au regard du mari, nonobstant sa bonne foi. Ils admettent bien que ce dernier joue, par rapport au constituant, le rôle de sous-acquéreur, mais ils se fondent sur ce que la femme n'a pas pu lui transmettre plus de droits qu'elle n'en avait elle-même, et que, par conséquent, le titre du mari est sujet à rescision puisque la donation faite à la femme est dans le même cas. — Riom, 18 janv. 1845, S., 45. 2. 373, D. P., 45. 2. 91 (arrêt cassé le 2 mars 1847, S., 47. 2. 185, D. P., 47. 1. 129). — Bruxelles, 14 janv. 1888, cassé le 9 janv. 1890, S., 91. 4. 5 (joint à cass.). — Ce n'est là qu'une application de la théorie d'après laquelle, d'une façon générale, les sous-acquéreurs ne pourraient pas, à raison de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, échapper à l'action paulienne quand la révocation de l'acte frauduleux est prononcée contre leur auteur. Nous avons déjà réfuté cette théorie. — V. *supra*, 667.

674. Disons tout de suite que l'acte juridique qui intervient entre la femme et le mari, par conséquent le second contrat, a le caractère d'acte à titre onéreux. C'est une convention identique à celle qui intervient immédiatement entre les futurs époux quand la constitution de dot émane de la femme elle-même. Cette circonstance que, dans la présente hypothèse, la convention dont nous parlons est précédée, comme on va le voir, d'une donation, ne peut pas changer sa nature : le mari prend toujours les mêmes engagements relativement aux charges du ménage. C'est un sous-acquéreur à titre onéreux, ou, plus généralement, un ayant cause à titre onéreux non du donateur, mais de la femme (1).

La tradition est bien établie dans ce sens. Et d'abord il est certain que le droit romain consacrait la solution qui est généralement admise aujourd'hui : c'est ce que prouve ce texte de Venuleius : « In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem; non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit; cum is *indotatam uxorem ducturus non fuerit* » (2). Cette solution avait passé dans notre ancien droit : « Si le mari a reçu la dot, dit Furgole, on distingue s'il a connu la fraude ou non. Au second cas, les créanciers ne pourront agir contre lui, *parce qu'il est considéré comme créancier ou acheteur*. Mais, au premier cas, la révocation a lieu » (3). L'opinion des jurisconsultes romains et de nos vieux auteurs est décisive dans cette matière. L'action paulienne ne doit être admise contre la constitution de dot que lorsque le mari est de mauvaise foi (4).

(1) Laurent, XVI, n. 455, p. 530; Planiol, III, n. 885, al. 3.

(2) L. 25, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.* — *Adde*, § 2 et L. 14, *eod. tit.*

(3) *Des testaments*, ch. XI, sect. I, n. 20; *Des donations*, quest. X, n. 11 et 12. — Domat dit également : « On ne doit pas mettre au nombre des libéralités frauduleuses qui peuvent être révoquées, ce qui est donné à titre de dot, soit par le père de la fille, ou par d'autres personnes, *lorsque le mari ignore la fraude;* car, encore que la dot puisse être constituée frauduleusement de la part de ceux qui dotent la fille, le mari, *qui reçoit la dot à titre onéreux et qui sans cette dot ne se serait pas engagé dans le mariage, ne doit pas la perdre*. Mais, *si le mari avait participé à la fraude*, il pourrait être tenu de ce qui serait de son fait, selon les circonstances ». *Lois civiles*, 1re partie, liv. II, tit. X, sect. I, n. 11 (éd. Rémy, II, p. 498).

(4) *Contra* Capmas, n. 49; Krug-Basse, *Rev. crit.*, XIV, p. 257; Zeys, *Rev. du*

675. La difficulté porte sur la détermination de la nature du premier contrat, c'est-à-dire de celui qui intervient entre l'auteur de la constitution de dot et la femme.

La jurisprudence s'obstine à voir dans ce contrat ou plutôt, d'une façon générale (car elle ne distingue pas entre les deux contrats successifs), dans la constitution de dot, sinon, à proprement parler, un acte à titre onéreux, du moins un acte qui participe de la nature de l'acte à titre onéreux. Le principe a été posé en ces termes par la chambre civile dans son arrêt du 23 juin 1847 : « L'acte qui constitue la dot n'est pas de pure bienfaisance, mais *participe du contrat onéreux, à l'égard de chacun des époux* ». Cette formule a été reproduite dans l'arrêt de la même chambre du 24 mai 1848 et dans celui de la chambre des requêtes du 11 novembre 1878 (1).

Not., 1878, n. 5695 ; Eug. Godefroy, *De l'exercice de l'action paulienne à l'égard des donations faites par le contrat de mariage, Rev. crit.*, 1887, p. 731 s. ; Huc, IX, n. 10, p. 15. — Grenoble, 3 fév. 1842, D., *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n. 277. — Cpr. Caen, 7 mars 1870, S., 70. 2. 281, D. P., 70. 2. 97, et Laurent, XVI, n. 455. — Mais voyez dans notre sens Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 138, 5e édit., p. 228 ; Larombière, II, p. 237 (art. 1167, n. 34) ; Demolombe, XXV, n. 211. — Civ. cass., 2 mars 1847, précité. — Req , 18 nov. 1861, S., 62. 1. 737, D. P., 62. 1. 297. — Civ. cass., 22 août 1876, S., 77. 1. 54, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Contr. de mariage*, n. 343. — *Adde* les décisions qui exigent la complicité des deux époux et qui sont rapportées dans la note suivante.

(1) Civ. rej., 23 juin 1847, S., 47. 1. 817, D. P., 47. 1. 241. — Civ. cass., 24 mai 1848, S., 48. 1. 437, D. P., 48. 1. 172. — Req., 11 nov. 1878, S., 80. 1. 28, D. P., 79. 1. 416. — *Adde* Paris, 31 janv. 1845, S., 45. 2. 129, D. P , 45. 2. 50. — Bourges, 9 août 1847, S., 47. 2. 485, D. P., 47. 4. 169. — Riom, 27 mars 1849, S., 50. 2. 548, D. P., 50. 2. 194. — Grenoble, 3 août 1853, S., 54. 2. 449, D. P., 55. 2. 71. — Poitiers, 21 août 1878, S., 78. 2. 257, D. P., 79. 2. 6. — Agen, 3 fév. 1885, S., 86. 2. 31. — Cpr. Civ. cass., 22 août 1876, S., 77. 1. 54, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Contr. de mariage*, n. 343. — Dans le même sens, Merlin, *Rép.*, v° *Dot*, § 15, n. 4 ; Toullier, XIV, n. 90 ; Chardon, *Du dol et de la fraude*, II, n. 238 s. ; Troplong, *Contr. de mariage*, I, n. 131 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Fraude*, n. 22 et 23 ; Bonnet, *Dispos. entre époux*, II, n. 608 ; de Fréminville, *Minor. et tut.*, II, n. 642 *bis*. — Ainsi les deux chambres de la cour suprême, dont la plupart des cours d'appel ont adopté la jurisprudence après quelques hésitations, ne font pas de distinction entre les deux époux relativement aux conditions d'admissibilité d'une action paulienne dirigée contre la constitution de dot faite au profit de la femme. — Dans un arrêt très intéressant du 6 août 1891, la cour de cassation de Palerme s'est prononcée dans le même sens. Mais ce passage de son argumentation montre assez le côté faible de la théorie qu'elle a crue préférable : « Si l'on peut concéder que, dans les rapports de celui qui a constitué la dot avec la fille dotée, le contrat a le caractère d'une donation, il n'en est pas de même par rapport au gendre de celui qui a constitué la dot, parce qu'il est indubitable que ce

Mais, le 14 mars 1848, cette dernière chambre était allée plus loin et avait déclaré « que..., soit par la nature des obligations auxquelles sont tenus ceux qui font des donations par contrat de mariage, soit par la destination de ces donations, elles constituent de *véritables actes à titre onéreux* » (1). Cependant, si l'on envisage ces donations, notamment lorsqu'elles s'adressent à la femme, l'analyse ne permet d'y voir que de pures libéralités. Dira-t-on avec la jurisprudence que la constitution de dot faite au profit de la femme est une donation avec charges ? Il est vrai que, dans la pensée du donateur, la dot est destinée à subvenir aux dépenses du ménage que la donataire va fonder. Mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait donation avec charges, car, d'une part, le donateur n'a point d'action pour contraindre les époux à maintenir à la dot l'affectation qu'il avait en vue au moment où il l'a constituée, et, d'autre part, en supposant que la dot soit détournée de sa destination, le constituant ne peut certainement pas demander la révocation de la libéralité pour cause d'inexécution des conditions (2).

gendre est obligé par la loi à supporter les charges du mariage, et n'a aucun droit de disposer de la dot, excepté dans les cas déterminés et dans l'intérêt de la famille. Et *le contrat ne peut pas être scindé et considéré sous des points de vue différents pour en tirer des conséquences diverses et contradictoires* », S., 92. 4. 11, 1re col. *in fine*. On le voit donc, ce qui a paru décisif à la cour de cassation de Palerme, c'est que *le contrat ne peut pas être scindé*; elle n'a pas aperçu que, dans l'hypothèse d'une constitution de dot faite à la femme par un tiers, il y a deux opérations parfaitement distinctes. Il ne s'agit pas de scinder un contrat, d'apprécier différemment sa nature, suivant qu'on le considère par rapport à telle ou à telle personne, mais de constater qu'il existe deux contrats de nature différente. — Contrairement à la jurisprudence française, la jurisprudence belge estime avec raison que la complicité de la femme n'est pas nécessaire, attendu que le contrat intervenu entre celle-ci et le constituant est une pure libéralité. Mais elle décide que l'action paulienne ne peut pas atteindre le mari, si sa mauvaise foi n'est pas prouvée; elle partage donc l'opinion de la doctrine française actuelle. — C. de cass. de Belgique, 9 janv. 1890, S., 91. 4. 5, D. P., 94, 2. 316. — Pour les auteurs dans notre sens, voyez *infra*, p. 691, note 2.

(1) S., 48. 2. 375, D. P., 48. 1. 66. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette décision. Dans l'espèce la constitution de dot avait été faite au profit du mari. Mais, d'après la cour de cassation, la question est la même quel que soit celui des deux époux auquel s'adresse la donation par contrat de mariage. La même proposition littéralement transcrite se retrouve dans un arrêt de la même chambre du 18 janv. 1887, S., 87. 1. 97, D. P., 87. 1. 257, *Pand. fr. pér.*, 87. 1. 100. — V. aussi Dijon, 11 fév. 1887, S., 88, 2. 86, D. P., 88. 2. 42.

(2) Cpr. Huc, IX, n. 9, *in fine*, p. 15.

Les obligations que l'on appelle les charges du ménage découlent du mariage même, et non pas des conventions qui peuvent l'avoir précédé et qui ont pour but de déterminer la situation pécuniaire des futurs époux et leur régime matrimonial. Ces obligations ne peuvent donc lier que le mari et la femme, l'un au regard de l'autre. Ainsi la constitution de dot ne répond nullement à la définition du contrat à titre onéreux, que nous trouvons dans l'art. 1106 : « Le contrat à titre onéreux est celui qui *assujettit* chaque partie à donner ou à faire quelque chose ».

La jurisprudence s'appuie encore sur la disposition de l'art. 1440, aux termes duquel : « *La garantie de la dot est due par toute personne qui la constitue* » et sur celle de l'art. 1547, qui formule la même règle. Mais il ne résulte nullement de ces dispositions qu'il faille ranger la convention dont nous parlons parmi les contrats à titre onéreux. En attachant l'obligation de garantie à la constitution de dot, le législateur a entendu simplement déclarer la convention des parties. Cela est si vrai qu'elles peuvent, par une clause expresse, écarter cette obligation. D'ailleurs, en sens inverse, dans les donations en général, le donateur peut se soumettre à la garantie envers le donataire, et, bien évidemment, lorsqu'il le fait, la nature du contrat n'est pas changée pour cela. On ne saurait donc voir un critérium dans la circonstance que cette obligation pèse sur le constituant.

Au surplus, si la garantie est due dans les contrats à titre onéreux, c'est parce que celui qui la doit a reçu l'équivalent de ce qu'il a fourni, tandis que, dans la constitution de dot, si le donateur est en principe tenu de la garantie, c'est parce que la donation par lui faite est considérée comme ayant déterminé les futurs époux à contracter mariage. Le fondement de l'obligation de garantie est, on le voit, bien différent dans les deux cas [1].

[1] Pour la réfutation des arguments tirés de la destination de la dot et de l'obligation de garantie, voir Caen, 7 mars 1870, S., 70. 2. 281, D. P., 70. 2. 97. Dans l'espèce la donation avait été faite au mari ; mais peu importe : que la dot ait été constituée au profit de l'un ou de l'autre des futurs époux, ces arguments sont également mauvais. — V. *infra*, n. 676.

La jurisprudence invoque, en outre, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est là un argument particulièrement faible. En écrivant l'art. 1395, le législateur a voulu empêcher que les parties pussent, après le mariage, modifier leur régime matrimonial. Mais il n'a certes pas eu l'intention d'exclure les droits des tiers sur les biens constitués en dot à l'un des époux. Comment en douter du moment que les donations faites à titre de constitutions de dot sont, aussi bien que les autres, rapportables, réductibles en cas d'atteinte à la réserve et révocables pour cause de survenance d'enfants? Au surplus, si ce principe avait la portée que lui attribue la jurisprudence, il ferait toujours obstacle, en ce qui concerne les constitutions de dot, à l'admission de l'action paulienne. On ne voit pas, en effet, pourquoi il serait écarté à raison de la mauvaise foi de l'époux donataire. Cependant, lorsqu'il y a eu complicité de cet époux, la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître aux créanciers le droit d'attaquer la donation en vertu de l'art. 1167. Il est donc évident que l'argument dépasse le but.

La jurisprudence donne aussi pour base à sa décision la disposition du second alinéa de l'art. 1167, d'après laquelle les créanciers doivent notamment « quant à leurs droits énoncés... au titre du *Contrat de mariage et des droits respectifs des époux* », se conformer aux règles qui y sont édictées. Mais qui ne voit combien cette base est fragile? Où trouve-t-on dans le titre visé des règles modifiant, relativement à la constitution de dot, l'exercice de l'action paulienne? Cependant le législateur déclare que la modification à laquelle il fait allusion résulte de règles formulées dans ce titre. Nous verrons d'ailleurs que les derniers mots de l'art. 1167 annoncent la restriction qui a été établie dans l'art. 1476. Or cette restriction est absolument étrangère à la constitution de dot.

Enfin la cour suprême objecte qu'aux termes de l'art. 959 les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude; mais il ne s'ensuit pas que les constitutions de dot soient des actes à titre onéreux. Le donateur et le donataire sont seuls parties dans la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Il en est autrement lorsque

l'action paulienne est dirigée contre une constitution de dot : ce sont des tiers qui poursuivent l'annulation de la libéralité. Or, si la personne qui a donné en faveur du mariage peut être censée avoir connu la disposition de l'art. 959 et avoir éventuellement accepté la situation qu'elle lui faisait, les créanciers en fraude desquels le débiteur a constitué la dot ne peuvent pas être réputés avoir consenti d'avance à être dépouillés par cette convention. Le fait qu'une donation a été une condition du mariage et qu'en son absence celui-ci n'aurait pas eu lieu, explique très bien qu'on l'ait déclarée irrévocable ; mais il n'expliquerait point que la bonne foi de l'époux donataire pût la mettre à l'abri de l'action paulienne.

Remarquons en terminant qu'en droit romain la constitution de dot faite au profit de la femme était considérée comme une donation et que, par suite, l'action paulienne était admise contre cette convention en dehors de toute complicité de la femme. A plus forte raison doit-il en être de même sous l'empire de notre législation qui a consacré la règle « *Ne dote qui ne veut* », en disposant, dans l'art. 204, que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage. La solution romaine avait été d'ailleurs adoptée par notre ancien droit. Après avoir dit, comme nous l'avons vu, que, pour savoir si l'action paulienne peut être dirigée contre la constitution de dot, il faut rechercher si le mari a connu la fraude ou non, Furgole ajoute : « *Quant à la femme, on n'examine pas cela ; car, à son égard, la dot est un titre lucratif* » (1). En résumé, lorsque la dot a été constituée à la femme par un tiers, il faut distinguer deux conventions : l'une entre le constituant et la future épouse, l'autre entre celle-ci et le futur époux : la première est un acte à titre gratuit ; la seconde, un acte à titre onéreux (2).

(1) *Des testaments*, ch. XI, sect. I, n. 20.

(2) *Sic* Duranton, X, n. 579 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 138-140, texte et note 27, 5e édit., p. 228-230, texte et note 27 ; Larombière, II, p. 236, *in fine*-240 (art. 1167, n. 34) ; Demolombe, XXV, n. 211-213 ; Laurent, XVI, n. 452, 454-455 ; Guillouard ; *Etude sur l'action paulienne*, p. 241 et s. ; Planiol, III, n. 885. — V. aussi Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n. 244. — Nous rappelons que ce système est celui de la jurisprudence belge. V. *supra*, p. 688, la fin de la note continuée.

Nous avons déjà indiqué, en passant, que la jurisprudence met sur la même ligne, au point de vue des conditions de l'action paulienne, la constitution de dot faite à la femme par ses père et mère et la donation qui lui est consentie par toute autre personne en contrat de mariage [1]. Logiquement, elle devait aller jusque-là, car, d'une part, dans les deux cas, elle pouvait invoquer les mêmes arguments, et, d'autre part, pas plus le père et la mère de la future épouse que les autres personnes ne sont tenus de faire la donation par contrat de mariage. Art. 204.

676. Il nous faut, en dernier lieu, parler de l'hypothèse où la dot a été constituée au profit du mari. Ici, nous sommes en présence d'une convention unique, de tous points pareille au premier des deux contrats qui interviennent dans le cas où la dot est constituée par un tiers au profit de la femme. Les raisons de décider sont les mêmes. C'est ainsi que la donation faite au futur époux par contrat de mariage ne peut pas être considérée comme une donation avec charges. Il est évident, en effet, que le donateur ne serait pas admis à demander la révocation de cette libéralité pour cause d'inexécution des conditions. Avons-nous besoin d'ajouter que, lorsque la dot est constituée en faveur du mari, on ne pourrait découvrir aucune opération analogue au contrat qui se forme entre les futurs époux lorsque la femme est donataire de la dot? Comme sanction de ce contrat, la femme peut demander contre son mari la séparation de biens, s'il n'use pas de la dot conformément à sa destination. Rien de pareil quand la libéralité s'adresse au mari. A aucun point de vue, par conséquent, la constitution de dot faite à ce dernier ne peut être considérée comme un acte à titre onéreux [2].

Cependant la jurisprudence de la cour de cassation, représentée par deux arrêts de la chambre civile, l'un du 14 mars

[1] Agen, 3 fév. 1885, S., 86. 1. 31. Dans l'espèce, la donation avait été faite à la future épouse par le père et la mère du futur époux.

[2] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 140, 5e édit., p. 230, texte et note 28; Larombière, II, p. 238 (art. 1167, n. 34); Demolombe, XXV, n. 214; Laurent, XVI, n. 453; Labbé, note dans Sirey, sous l'arrêt de Bordeaux cité à la note suivante Planiol, III, n. 887.

1848, l'autre du 18 janvier 1887, est, en sens contraire, et a été suivie par les cours d'appel de Bourges, de Bordeaux, de Poitiers et de Toulouse [1]. Dans l'arrêt du 14 mars 1848, les arguments de la chambre civile, au nombre de quatre, sont tirés : 1° de l'art. 1540; 2° des art. 1440 et 1547; 3° de l'art. 959, et 4° du dernier alinéa de l'art. 1167. Nous avons réfuté par anticipation ces divers arguments. Ce sont exactement ceux que la cour suprême invoque lorsqu'il s'agit d'une constitution de dot faite au profit de la femme. Elle déclare, au surplus, qu'il n'y a pas de raison pour distinguer entre les deux hypothèses : « Pour qualifier de tels actes (les donations par contrat de mariage), dit-elle, on ne peut faire aucune différence entre la dot constituée à la femme et la donation faite au mari par ses père et mère en considération du mariage, puisqu'il y a même garantie de la part des constituants, même irrévocabilité et même destination des objets donnés; d'où il suit que l'une et l'autre sont faites au même titre onéreux ». Dans son arrêt du 18 janvier 1887, la chambre civile, sur le point dont nous parlons maintenant, se borne à reproduire à peu près littéralement cette proposition générale sans commencer par formuler successivement, comme elle le faisait dans sa précédente décision, chacun des motifs puisés dans les textes précités. Cependant, parmi les divers arguments invoqués par la cour suprême dans les deux hypothèses, il en est un au moins qui, s'il peut faire illusion quand la

[1] Civ. cass., 14 mars 1848, S., 48. 1. 376, D. P., 48. 1. 66, et, dans la même affaire, sur renvoi, Bourges, 9 août 1848, S., 48. 2. 597, D. P., 48. 2. 153. — Bordeaux, 30 nov. 1869, S., 70. 2. 283, D. P., 71. 2. 108. — Poitiers, 21 août 1878, D. P., 79. 2. 6, S., 78. 2. 257 (le sommaire de ce dernier recueil indique par erreur qu'il s'agit d'une constitution de dot faite par un père à sa fille). — Toulouse, 24 janv. 1884, et Civ. rej., 18 janv. 1887, S., 87. 1. 97, D. P., 87. 1. 257, *Pand. fr. pér.*, 87. 1. 100. — Cpr. Dijon, 11 fév. 1887, S., 88. 2. 86, D. P., 88. 2. 42. — Civ. cass., 18 déc. 1895 (il s'agissait de savoir si l'art. 447 C. com. était applicable), D. P., 98. 1. 193 (note Sarrut). — Mais voyez en sens contraire l'arrêt très solidement motivé de la cour de Caen, du 7 mars 1870, S., 70. 2. 281, D. P., 70. 2. 97. Dans l'espèce ce n'était pas à propos de l'application de l'art. 1167 C. civ., mais à propos de celle des art. 446 et 447 C. co. que les juges avaient à se demander si la donation faite par contrat de mariage au futur époux est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux. Mais, peu importe, la question est la même. — Cpr. Orléans, 8 juin 1898 (sur renvoi prononcé par l'arrêt précité du 18 déc. 1895) D. P., 98. 2. 283 (V. dans ce recueil les conclusions de M. l'avocat général Peysonnié).

constitution de dot est faite au profit de la femme, a évidemment beaucoup moins de force dans le cas où le mari est donataire. Nous voulons parler de l'argument tiré de l'art. 1540 ainsi conçu : « La dot, sous ce régime, comme sous celui du chapitre II (par conséquent sous le régime dotal, comme sous le régime de la communauté), est le bien *que la femme apporte* au mari pour supporter les charges du mariage ». C'est ce que la cour de Caen fait très bien remarquer dans son arrêt du 7 mars 1870 : « Attendu, dit-elle, que l'on invoque à l'appui du système contraire les charges résultant du mariage, et que l'on en fait la contre-partie de la libéralité; qu'il est bon de faire remarquer d'abord que cette opinion s'attache principalement au cas où la dot a été constituée à la femme, ce qui n'est pas l'espèce soumise à la cour; *d'où il suit que les termes de l'art. 1540 C. civ. sont ici sans application* ».

677. En admettant avec la jurisprudence que la donation par contrat de mariage faite au mari soit un acte à titre onéreux et en supposant réalisée en fait la condition de la complicité du donataire, nous devons rechercher quels seront les effets de la bonne foi de la femme.

Cette bonne foi aura-t-elle simplement pour conséquence de sauvegarder les droits que la femme a pu acquérir sur les biens donnés au mari? Peut-on aller jusqu'à dire avec la cour suprême qu'elle aura la force de préserver ce dernier d'une condamnation?

A notre avis, la première de ces questions seule comporte une réponse affirmative. La révocation de la donation frauduleuse prononcée contre le mari ne peut pas dépouiller la femme des droits qui lui appartiennent sur les biens constitués en dot. D'où trois conséquences: 1° Si ces biens sont des immeubles, l'hypothèque légale de la femme continue à les grever nonobstant le jugement qui admet l'action paulienne [1]; 2° Dans l'hypothèse où les époux sont mariés sous

[1] L'hypothèque légale de la femme rentre dans le règlement des intérêts pécuniaires des époux, et, par suite, en tant qu'elle l'acquiert, la femme ne peut pas être considérée, à l'égard de son mari, comme un ayant cause à titre gratuit. On peut, sur ce point, comparer sa situation à celle de la personne qui aurait consenti

le régime de la communauté, la femme conserve la moitié de ceux des biens donnés qui sont tombés dans la masse commune, si, du moins, elle a demandé la séparation de biens en temps utile; 3° La femme, si le mari prédécède, pourra faire valoir sur les valeurs constituées en dot la donation contenue dans le contrat de mariage au profit de l'époux survivant, cette donation faisant partie, à raison de son caractère de réciprocité, des conventions matrimoniales. Ainsi, en un mot, la révocation prononcée contre le mari laisse intacts les droits qui sont acquis à la femme sur la dot frauduleusement constituée. Mais c'est en vain que la femme invoquerait de simples intérêts, de simples espérances pour faire écarter à son égard les effets de la révocation.

A plus forte raison, malgré sa bonne foi, ne peut-elle pas faire échapper son mari aux conséquences de l'action paulienne, en faisant valoir qu'il importe à elle-même, par suite de leur communauté d'existence, que celui-ci conserve les biens donnés. Cette circonstance que la femme, indépendamment de tout droit acquis sur le patrimoine de son mari, profite de l'aisance que les revenus de ce patrimoine apportent dans le ménage, ne saurait exclure l'action paulienne. Pourquoi, en effet, la considération du bien-être de la femme pourrait-elle soustraire le mari aux conséquences de sa fraude, alors que, d'une façon générale, elle ne fait pas obstacle à ce qu'il soit ruiné par la responsabilité de ses délits ou même de ses fautes (1)?

un prêt au mari sous la condition qu'il lui conférât une hypothèque sur les biens constitués en dot. — *Sic* Larombière, II, p. 241 (art. 1167, n. 34); Demolombe, XXV, n. 214 *in fine;* Labbé : notes sous l'arrêt de Bordeaux du 30 nov. 1869, dans S., 70. 2. 284, col. 2, et sous l'arrêt de la chambre civile du 18 janv. 1887, dans S., 87. 1. 98, col. 2. — Cpr. Bordeaux, 30 nov. 1869, précité. — Dans cette dernière décision, les juges, qui n'étaient pas appelés à se prononcer relativement à l'hypothèque légale de la femme du donataire, font néanmoins comprendre que, le cas échéant, ils auraient été disposés à reconnaître l'existence de cette hypothèque sur les biens donnés. En effet, après avoir refusé de maintenir la donation à raison de la bonne foi de la femme, qui, d'ailleurs, n'était pas en cause, ils ajoutent « sauf à la dame X... à se prévaloir s'il y échet, des droits qu'elle croirait avoir à prétendre ». — Mais voyez Caen, 7 mars 1870, précité (dernier *considérant*) et, pour la critique de cette décision, Labbé, note dans S., 70. 2. 281, col. 2 et s.

(1) *Sic* Bordeaux, 30 nov. 1869, précité. — Paris, 27 juil. 1894, S., 95. 2. 158, D. P., 95. 2. 32. — Cpr. Nancy, 26 août 1874, S., 76. 2. 180. — A plus forte raison, le mari

678. Si la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à la constitution de dot faite au profit de la femme le caractère d'acte à titre onéreux, la première à l'égard du mari seul,

donataire ne serait-il pas fondé à invoquer la bonne foi de la femme comme un moyen de cassation de la décision qui a révoqué la constitution de dot, alors qu'il n'avait pas mis la femme en cause et qu'au surplus les droits de cette dernière ont été expressément réservés par l'arrêt déféré à la cour suprême. Req., 28 août 1871, S., 78. 1. 316. — *Contra* Civ. cass., 18 janv. 1887, précité. On lit dans cet arrêt : « Attendu... que le contrat de mariage est un pacte immuable de sa nature, conclu en vue d'assurer les moyens d'existence de la famille nouvelle et l'accomplissement des obligations qui pèsent sur l'un et l'autre des époux ; que, par conséquent, l'acte qui constitue la dot est un acte à titre onéreux à l'égard de chacun des deux époux; qu'il suit de là que, quel que soit l'époux bénéficiaire direct de la donation faite par contrat de mariage, cette donation ne peut être annulée, sur la demande des créanciers, qu'autant qu'il est prouvé qu'un concert frauduleux a existé entre toutes les parties intéressées, c'est-à-dire entre le donateur, l'époux donataire et l'autre époux ». — V. dans le même sens Grenoble, 2 juil. 1895, *Rev. du not.*, 96. 492. — Ainsi, dans notre cas, la seule bonne foi de la femme rendrait la révocation impossible, soit à l'égard de celle-ci, soit même à l'égard du mari. Suivant la remarque très judicieuse de Labbé, alors que la femme n'a absolument aucun droit sur les biens donnés, sa bonne foi serait pour les créanciers du constituant un obstacle beaucoup plus fort que si elle était copropriétaire de ses biens. Lors, en effet, que, l'action paulienne est dirigée contre deux acquéreurs par indivis, si l'un seulement a ignoré la fraude, sa bonne foi ne profitera qu'à lui, et, par conséquent, n'empêchera pas la condamnation de l'autre. On voit que la théorie de la cour suprême a une conséquence *illogique* et *exorbitante*, pour employer les expressions de l'éminent professeur. V. Labbé, *Note* sous l'arrêt précité dans Sirey. — La cour de Paris, dans son arrêt précité du 27 juillet 1894, a très bien réfuté en ces termes la théorie de la cour suprême : « Attendu... que, pour justifier la suppression d'une action de droit commun, telle que l'action paulienne, on ne saurait arguer juridiquement de l'intérêt supérieur de la famille future, le même argument pouvant être invoqué en faveur du maintien dans le patrimoine des époux de tous les biens d'origine frauduleuse qui s'y trouvaient au jour de la célébration du mariage ; — Que, dans un grand nombre, sinon dans la plupart des cas, la femme devant ou pouvant, en fait, se trouver ignorante de la situation réelle du futur époux, il suffirait d'exciper de sa bonne foi pour faire bénéficier de leur mauvaise foi l'époux ou son père donateur et leur permettre ainsi de soustraire à des poursuites imminentes des biens qui sont le gage des créanciers antérieurs au mariage ; — Que ce résultat serait contraire à la fois à l'équité et aux principes généraux du droit ; — Considérant enfin que, si la considération des charges du mariage incombant plus spécialement au chef de la communauté et la jouissance des revenus de la femme, qui lui est attribuée, peuvent être regardées comme imprimant à la donation faite à celle-ci un caractère qui la rapproche, en ce qui touche le mari, d'un contrat à titre onéreux, il n'en est point de même lorsqu'il s'agit de la donation faite au mari, envisagée dans ses conséquences de droit vis-à-vis de la femme : — Qu'au regard de celle-ci, la donation faite au mari, en admettant qu'elle ait qualité pour en revendiquer le bénéfice, ne pourrait être considérée que comme une libéralité indirecte.... ».

la seconde à l'égard des deux époux, elles n'étendent pas cette décision aux actes qui viennent, après le mariage, s'ajouter à la constitution de dot et la compléter. Il faut donc voir un acte à titre gratuit dans l'affectation hypothécaire consentie sans condition, au cours du mariage, afin d'assurer le paiement de la dot qui n'était pas encore exigible (1) et pour garantie de laquelle aucune sûreté n'avait été promise dans le contrat de mariage (2). De même, la renonciation par le constituant à l'usufruit qu'il s'était réservé sur les biens donnés en dot est une pure libéralité (3). Dans ces deux hypothèses, par conséquent, pas plus la complicité du mari seul que celle des deux époux n'est requise pour que l'acte puisse être annulé en vertu de l'art. 1167. Il convient d'approuver ces décisions, car le mari n'assume pas un surcroît de charges en retour des avantages qui sont procurés à la femme par l'affectation hypothécaire ou par la renonciation à l'usufruit. L'opération n'a donc pas, même quant à lui, la nature de l'acte à titre onéreux.

En supposant une donation par contrat de mariage faite au mari, il est évident que, dans le système de la jurisprudence, les décisions que nous venons de rapporter seront également exactes. Ici encore, l'affectation hypothécaire ou la renonciation à l'usufruit consentie par le donateur après le mariage serait incontestablement un acte à titre gratuit. Mais, si l'on se range à l'opinion de la doctrine, la question ne peut même pas se poser. Comment pourrait-on voir des actes à titre onéreux dans les libéralités qui viennent s'ajouter à la constitution de dot faite au profit du mari, lorsqu'on estime que celle-ci, elle-même, n'a pas ce caractère ?

679. Quant à la donation faite, même dans le contrat de mariage, par le mari à sa femme, elle n'est pas un acte à titre onéreux. Cette donation est inspirée par l'affection que le

(1) Mais, si la dot est exigible au moment de la constitution d'hypothèque, il faut adopter la solution opposée. V. *supra*, n. 669.

(2) Civ. cass., 22 août 1876, S., 77. 1. 54, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Contr. de mar.*, n. 343. — *Adde* Larombière, II, p. 242 (art. 1167, n. 34). — Douai, 4 mai 1846, S., 46. 2. 470, D. P., 46. 2. 154.

(3) Req., 11 nov. 1878, S., 80. 1. 28, D. P., 79. 1. 416.

donateur a pour sa future épouse, et, à proprement parler, elle ne constitue pas une donation en faveur du mariage, car elle n'a pas pour effet d'accroître les ressources des époux, et, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où le mari se ruinerait par une mauvaise administration, il sera indifférent aux enfants que les biens donnés soient demeurés la propriété de ce dernier ou qu'ils soient devenus celle de la femme. Si donc une pareille donation a été consentie en fraude des droits des créanciers du mari, elle pourra être révoquée nonobstant la bonne foi de la donataire (1).

680. Il faut donner la même solution en ce qui regarde la donation d'un gain de survie faite entre époux par contrat de mariage, fût-ce avec clause de réciprocité. Cet acte est une pure libéralité. Dès lors, si le futur époux savait que l'exécution au profit de sa femme de la donation dont il s'agit devait préjudicier à ses créanciers, ceux-ci, au cas où il prédécède, peuvent demander la révocation de cette donation, alors même que la femme était de bonne foi (2).

681. C'est surtout au point de vue des conditions exigées par l'art. 1167 C. civ. et par les art. 446 et 447 C. co. qu'il importe d'établir un contraste entre le premier de ces trois textes et les deux autres.

Les art. 446 et 447 C. co. concernent les actes passés par le failli pendant la *période suspecte*. Celle-ci, qui commence à la cessation des paiements et comprend même, pour les actes visés par l'art. 446, les dix jours précédents, va jusqu'à la déclaration de faillite.

Certains actes seulement sont prévus par l'art. 446. Ce sont :

(1) Huc, VII, n. 222, p. 298. — Paris, 11 juill. 1829, joint à Req., 24 mars 1830, D., *Rép. alph.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 2273 et 2275. — Dijon, 11 août 1858, S., 58. 2. 673, D. P., 58. 2. 189. — Pau, 17 déc. 1890, D. P., 92. 2. 18. — Dans le système de la jurisprudence, on invoque, en outre, les arguments suivants : A la différence des constitutions de dot, la donation faite en contrat de mariage par le futur époux à la future épouse est révocable pour cause d'ingratitude et n'engendre pas de plein droit, à la charge du donateur, l'obligation de garantie.

(2) Req., 2 janv. 1843, S., 43. 1. 114, D. P., 43. 1. 1, et *Rép. alph.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 2274. — Pour décider que la donation d'un gain de survie n'a rien d'une convention à titre onéreux, la jurisprudence, s'attachant à une différence qui, dans l'opinion de la doctrine, est dépourvue ici de toute portée, fait remarquer que cette donation n'est pas destinée à supporter les charges du ménage.

« Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit; — Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce; — Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ». Ces divers actes, par cela seul qu'ils ont été faits pendant la période suspecte, doivent, si on le demande à la justice, être déclarés nuls. Il s'agit donc ici de nullités obligatoires. Il suffit, pour les faire prononcer, d'établir la nature et la date des actes attaqués. Ainsi, les conditions exigées pour les nullités de l'art. 446 C. co. sont autrement faciles que celles requises pour l'action paulienne. Le créancier qui intente cette action doit prouver que l'acte incriminé a causé ou au moins augmenté l'insolvabilité du débiteur et que celui-ci en a eu conscience. La loi n'a point de pareilles exigences dans l'art. 446 C. co. D'une part, les actes visés par ce texte, s'ils ont été faits en *temps suspect,* sont nuls alors même qu'ils n'ont pas déterminé l'insolvabilité du débiteur. Bien plus, ils sont nuls, alors même que ce dernier est solvable, ce qui peut très bien arriver puisque la faillite résulte du simple fait de la cessation des paiements. D'autre part, l'art. 446 C. co. est applicable même dans l'hypothèse où l'acte dont il s'agit a été passé à un moment où la cessation des paiements n'avait pas encore eu lieu et où le failli ne s'attendait pas à ce qu'elle se produisît. Enfin, la bonne foi du tiers qui a traité avec le débiteur ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 446 C. co., même quand les actes prévus par ce texte ont le caractère d'actes à titre onéreux. Cette observation présente notamment de l'intérêt pour la dation en paiement [1].

Quant à l'art. 447 C. co., il est ainsi conçu : « Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation

[1] Garraud, *De la déconfiture*, p. 213-216; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 318, p. 262-264; E. Valabrègue, *Nouv. cours de dr. com.*, n. 351 et 353 *bis;* Thaller, *Tr. élém. dr. com.*, 2e et 3e édit., n. 1825 et 1839.

de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements ». Cette disposition, ainsi que le prouve sa formule générale, est applicable à tous les actes non visés par l'art. 446 et qui ont été passés depuis la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif de faillite. Les nullités édictées par l'art. 447, à la différence de celles qui sont établies par l'art. 446, ont simplement le caractère de nullités facultatives, en ce sens que le juge n'est pas tenu de les prononcer (1). Elles présentent donc une plus grande analogie avec l'action paulienne. Mais elles diffèrent de cette dernière à deux points de vue : d'abord il n'est point nécessaire, pour les faire prononcer, de prouver que le failli connaissait son insolvabilité. Il en est autrement, nous l'avons dit, en matière d'action paulienne. Bien plus, en ce qui regarde les nullités de l'art. 447, il n'est même pas nécessaire d'établir l'insolvabilité du débiteur ; il suffit de justifier de la cessation des paiements. Il s'ensuit que, dans cette matière, il y a fraude de la part du tiers par cela seul qu'il a connu cette cessation, tandis que le tiers, défendeur à l'action paulienne, n'est considéré comme complice que si, à sa connaissance, le débiteur était insolvable (2).

Est-il besoin d'ajouter que les actes antérieurs à la période suspecte, n'ayant fait l'objet d'aucune disposition spéciale, sont régis par le droit commun? C'est seulement, par conséquent, en vertu de l'art. 1167 C. civ. qu'ils peuvent être attaqués (3).

(1) V. pour le développement de cette idée, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n. 394, p. 333-334 ; E. Valabrègue, *op. cit.*, n. 354, p. 475 ; Thaller, *op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 1810.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n. 397, p. 335 *in fine*, 336 ; E. Valabrègue, *op. cit.*, n. 354, p. 475 *in fine*, Thaller, *op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 1813 et 1814. — Cpr. Garraud, *op. cit.*, p. 216-217.

(3) Néanmoins, à raison de l'état de faillite, l'exercice de l'action paulienne présente, en ce qui les concerne, quelques particularités. — V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n. 312, p. 257-258.

II. *A qui appartient le droit d'exercer l'action paulienne.*

682. L'action paulienne appartient aux créanciers victimes de la fraude [1]. Mais elle ne constitue pas une mesure collective, une mesure d'ensemble, supposant nécessairement le concours de tous les créanciers, ainsi que pourraient le faire croire les termes de l'art. 1167, al. 1. Chaque créancier a le droit individuel d'agir. Il est évident que la solution contraire serait de nature à opposer à l'exercice de l'action paulienne un obstacle ordinairement insurmontable, car, suivant la remarque très juste de Colmet de Santerre : « A moins de créer tout un système analogue à celui du Code de commerce en matière de faillite, à moins de convoquer les créanciers, de les faire délibérer à la majorité des voix, il serait impossible d'obtenir leur assentiment à la poursuite de l'action révocatoire » [2].

Mais cela ne prouve-t-il pas qu'il est profondément désirable que le législateur organise la déconfiture [3]? D'après la jurisprudence et la plupart des auteurs, le jugement qui annule un acte frauduleux ne profite qu'aux demandeurs [4]. Ainsi l'avantage procuré par l'exercice de l'action paulienne devient le prix de la course, et, à ce point de vue, l'art. 1167 peut être rapproché de l'art. 808, al. 2, qui admet, lui aussi, ce résultat choquant. Cette situation ne changerait que si, tous les créanciers d'un non-commerçant pouvaient, en cas de déconfiture de leur débiteur, avoir un représentant commun, analogue au syndic de la faillite. Mais, pour qu'il pût en être ainsi, une réforme législative serait indispensable [5].

(1) Elle passe aux personnes que ces créanciers subrogent dans leurs droits. — Req., 25 juin 1895, D. P., 95. 1. 486, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 22.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-V. — *Adde* Thiry, II, n. 644.

(3) V. Garraud, *De la déconfiture;* Ernest Pannier, *Des conséquences juridiques de la déconfiture* (thèse pour le doctorat, Paris, 1875); André Dupin, *De la faillite civile, nécessité de son organisation. Etude de droit comparé et de législation* (thèse, Grenoble, 1900); Thaller, *Des faillites en droit comparé,* ch. I (I, p. 125-202), et *Tr. élém. de dr. com.*, 2e édit., n. 1691 et 1692, p. 873-874, 3e édit., n. 1709, p. 846-848. — V. aussi *supra*, n. 663 *in fine*, n. 669 *in fine*.

(4) V. *infra*, n. 715.

(5) Beaucoup d'Etats étrangers ont admis la faillite des non-commerçants ou *faillite civile*. Certains appliquent les mêmes règles aux commerçants et aux non-

En réalité l'action paulienne a dévié du but que le préteur romain s'était proposé en l'instituant. Celui-ci avait certainement en vue l'intérêt de l'ensemble des créanciers. A Rome,

commerçants. Nous citerons : 1° l'Angleterre (L. 25 août 1883, 46 et 47, Vict. c. 52, traduite par M. Charles Lyon-Caen, *Collection des principaux Codes étrangers*, 1 vol. in-8, Paris, 1889, Pichon, éditeur); 2° l'Allemagne (L. fédérale du 10 février 1877, intitulé Code du *concours*, *Concurs-Ordnung*, obligatoire dans tout l'empire d'Allemagne à partir du 1er octobre 1879, analysée par M. Gérardin dans *Ann. législ. étr.*, 1878, p. 102-104); 3° les Pays-Bas (Loi 30 sept. 1893, sur la faillite et le sursis de paiement, analysée par M. H. J.-A. Mulder dans *Ann. législ. étr.*, 1894, p. 400-406); 4° la Croatie-Slavonie-Dalmatie (L. 28 mars 1897, sur la faillite, analysée par M. Cosmao-Dumanoir dans *Ann. législ. étr.*, 1897, p. 470-472).

On peut rattacher à ce premier groupe d'Etats : 1° la Hongrie (L. 30 mai 1881, sur la faillite, inspirée de la loi allemande du 10 février 1877, comme aussi de la loi autrichienne du 2 décembre 1868. La loi hongroise de 1881 a été analysée par Bufnoir dans *Ann. législ. étr.*, 1882, p. 320-332. Elle assimile, sur les points les plus importants, la faillite des non-commerçants à celle des commerçants. Toutefois elle admet pour cette dernière certaines particularités et dispose notamment que la cessation des paiements suffit pour faire ouvrir la faillite des commerçants, mais non celle des non-commerçants. — V. *op. cit.*, 1882, p. 322); 2° la Russie (le Code de procédure de 1844 organise, pour les non-commerçants, une faillite qui présente de grandes analogies avec celle que le Code de commerce, éd. de 1857, organise pour les commerçants). — D'autres Etats, au contraire, ont admis deux faillites distinctes, l'une pour les commerçants, l'autre pour les débiteurs ordinaires. Nous citerons : 1° l'Autriche (L. 25 décembre 1868, complétée par la loi du 16 mars 1884, traduite et annotée par M. Challamel, *Ann. législ. étr.*, 1885, p. 289. La loi autrichienne de 1868 n'admet le concordat que pour les commerçants. Art. 207 s. — V. Le Roy, Faillite dans les Etats autrichiens de Cisleithanie, *Journal des faillites*, 1883, p. 160, et 1884, p. 36, 167, 342 et 547); l'Espagne (le Code de Commerce de 1885 pose, dans le tit. I de son liv. IV, en d'autres termes dans ses art. 870-941, les règles relatives à la faillite des commerçants, et le Code civil de 1889 pose, dans ses art. 1913-1920, les règles relatives à la déconfiture); 3° les pays scandinaves (L. suédoise du 18 septembre 1862, traduite par M. de la Grasserie, *Collection des codes étrangers*, Paris, 1895, Pedone-Lauriel, éditeur. Cette loi a été modifiée, notamment par les lois du 13 avril 1883 et du 5 juillet 1884; L. norvégienne du 6 juin 1863; L. danoise du 25 mars 1872, modifiée par la loi du 15 avril 1887. — V. sur les deux dernières lois Beauchet, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1885, p. 64. — L. finlandaise de 1879).

La Suisse a adopté une combinaison qui tient le milieu entre le système français et le système allemand. D'après la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, toutes les personnes inscrites au registre de commerce sont assujetties au régime de la faillite. (V. *Notice* de M. Thaller dans *Ann. législ. étr.*, 1890, p. 613, et l'art. 40 de la loi dans le même volume, p. 620). Or, d'après l'art. 865 du Code fédéral des obligations, quiconque fait le commerce est tenu de se faire inscrire sur ce registre, et toute autre personne, si elle est capable de s'obliger, a le droit, pour augmenter son crédit, de s'y faire inscrire.

V. pour plus de détails sur les législations étrangères, André Dupin, *op. cit.*, p. 101-154.

cette action se présentait comme un incident de la *venditio bonorum*. Elle supposait que la preuve de l'insolvabilité résultait de la *missio in possessionem;* elle était exercée par le *curator bonorum,* administrateur nommé par le préteur et qui représentait la masse. Dans ces conditions, tous les créanciers bénéficiaient de son résultat, même ceux qui étaient postérieurs à l'acte frauduleux (1). Ainsi, solliciter la réglementation de la déconfiture, c'est tout simplement demander au législateur de rendre à l'action paulienne son but primitif, son but normal (2).

683. L'art. 1167 ne distinguant pas, l'action révocatoire peut être exercée par un créancier privilégié ou hypothécaire, aussi bien que par un créancier chirographaire (3).

Et même, d'après la jurisprudence que nous approuvons sur ces divers points, un créancier hypothécaire est admis à demander la nullité de la vente de l'immeuble hypothéqué, faite par le débiteur en fraude de ses droits, alors même qu'il n'aurait pas surenchéri (4), ou, en sens inverse, alors

(1) Accarias, *op. cit.*, II, n. 852, p. 945; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 418, 3e édit., p. 425. V. aussi Garraud, *op. cit.*, p. 44, 195, 198 *in fine*, 208. — Il se pouvait cependant qu'il n'y eût pas de curateur ou que le curateur ne voulût pas exercer l'action, ne croyant pas réussir à établir la fraude. Il semble bien résulter des termes de l'édit que les créanciers pouvaient alors désigner eux-mêmes ou faire désigner par le préteur celui d'entre eux qui devait agir pour le compte de tous. Il est même permis de penser que chacun des créanciers avait le droit d'intenter spontanément l'action. Mais, dans tous les cas, celle-ci profitait à la masse. Accarias, *loc. cit.*

(2) Sur le point de savoir qui peut exercer l'action paulienne en cas de faillite du débiteur, voyez Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 312, p. 258 et n. 420.

(3) Sur ce point, la doctrine est unanime. — V. notamment Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 130, texte et note 2, 5e édit., p. 216, texte et note 2; Larombière, II, p. 231 (art. 1167, n. 23); Demolombe, XXV, n. 228; Laurent, XVI, n. 457; Huc, VII, n. 219. — Bordeaux, 27 fév. 1841, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 990-3o. — Civ. rej., 27 juill. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 292, *Gaz. des Trib.*, 1904, 1er semestre, 1. 32, et les arrêts cités aux cinq notes suivantes. — Les juges n'ont pas à examiner si les créanciers hypothécaires, qui poursuivent par l'action paulienne l'annulation de la vente de l'immeuble hypothéqué, seront colloqués utilement sur le prix de l'adjudication qui pourra ensuite être faite de cet immeuble, saisi à leur requête. — Toulouse, 30 déc. 1884, S., 86. 2. 93, D., *Suppl. au Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 360, note 1.

(4) Merlin, *Répert.*, vo *Hyp.*, p. 609; Troplong, *Hyp.*, IV, n. 957; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 130, note 2, 5e édit. p. 216, note 2. — Req., 2 août 1836, S., 36. 1. 657, D., *op.* et vo *cit.*, n. 990-1o. — Riom, 15 janv. 1839, S., 39. 2. 481, D., *Rép.*

même qu'il aurait usé de la faculté de surenchère (1). Il faut aussi décider qu'il n'est pas non recevable à exercer l'action paulienne, bien qu'il ait produit à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de cette vente (2), ni même bien qu'il ait provoqué l'ouverture de cet ordre (3). Peu importe également qu'il ait formé une saisie-arrêt sur le prix (4). On conçoit que le créancier hypothécaire peut, malgré la garantie spéciale dont il est pourvu, avoir un grand intérêt à exercer l'action révocatoire (5), et il serait choquant de refuser cette action à un créancier qui, en exigeant une hypothèque, s'est

alph., v° *Priv. et hyp*, n. 1745. — Bordeaux, 17 août 1848, S., 49. 2. 46, D. P., 49. 2. 61. — Bordeaux, 14 juill. 1873, S., 74. 2. 81, D. P., 75. 2. 18. — Req., 18 fév. 1878, S., 78. 1. 165, D. P., 78. 1. 291. — Trib. civ. d'Angoulême, 24 déc. 1888, et, sur appel, Bordeaux, 10 nov. 1890, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 91. 1. 48 : « Attendu, est-il dit dans le jugement précité, que les défenseurs invoquent vainement la faculté qu'ont les créanciers hypothécaires de faire la surenchère du dixième ; qu'en effet, l'exercice de cette faculté présente des inconvénients et des difficultés qui ont pu éloigner les ayants droit, et que, du reste, le prix fixé par les auteurs de la fraude paraît avoir été assez habilement calculé pour rendre cette surenchère aussi peu probable que possible ». Il est vraisemblable que cette dernière circonstance se rencontrera dans la plupart des espèces de cette nature. Au surplus, précisément cette circonstance que le créancier hypothécaire n'a pas surenchéri sur l'offre qui lui était faite par le tiers détenteur, a fait naître pour lui un intérêt à exercer l'action paulienne. — *Adde* Trib. civ. Seine, 5 fév. 1897, *Droit*, 19 fév. 1897. — V. aussi D., *Rép. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2113 s., et v° *Oblig.*, n. 991.

(1) Req., 14 fév. 1826, S. chr., VIII, 1. 278, D., *Rép. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2114-3°. — Rouen, 4 juill. 1828, S. chr., IX, 2. 111, D. P., 29. 2. 181. — A plus forte raison faut-il donner la même solution si l'acte de surenchère renferme des réserves sur ce point. — Req., 11 janv. 1815, S. chr., V, 1. 6, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2114.

(2) Bordeaux, 17 août 1848, et 14 juillet 1873. — Trib. civ. Seine, 5 fév. 1897, précités.

(3) Limoges, 21 déc. 1822, S. chr., VII. 2. 140, D., *Rép. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2113-2°. — Décidé dans le même sens à l'égard d'un créancier inscrit qui avait fait adresser la sommation hypothécaire à l'acheteur, Riom, 15 janv. 1839, S., 39. 2. 481, D., *op.* v° *cit.*, n. 1745-1°. — Peu importe, en sens inverse, que le créancier hypothécaire omette de se faire colloquer en rang utile. Cass., 18 oct. 1897, *Droit*, 4 nov. 1897.

(4) Bourges, 24 janv. 1828, S. chr., IX, 2. 22, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 152. — Bordeaux, 17 août 1848, précité.

(5) Il peut notamment soit avoir laissé l'hypothèque s'éteindre par la prescription, soit encore avoir perdu les fruits de l'immeuble hypothéqué, faute d'avoir adressé au tiers détenteur la sommation de payer ou de délaisser, ou pour avoir abandonné les poursuites commencées. Art. 2176.

montré plus vigilant que les simples créanciers chirographaires (1).

Mais il pourra se faire que l'existence même de ces garanties soit exclusive, relativement au créancier qui en est le titulaire, de toute fraude et de tout préjudice, par conséquent des conditions essentielles de l'action paulienne.

684. S'il faut, comme nous venons de le prouver, décider que le créancier hypothécaire est admis à agir en vertu de l'art. **1167**, il convient de reconnaître le même droit au créancier qui a reçu une chose en nantissement.

685. Un créancier à terme est-il admis, avant l'échéance, à demander la nullité des actes frauduleux faits par son débiteur? Laurent estime avec raison que la difficulté ne peut pas se présenter en fait. L'action paulienne n'est admissible que si l'acte attaqué a déterminé ou au moins augmenté l'insolvabilité du débiteur. C'est dire qu'au moment où la demande sera formée, il y aura, si on la suppose fondée, déchéance du terme ou que, tout au moins, la déchéance sera prononcée par le jugement même qui admettra l'action révocatoire. Car ou le débiteur aura été antérieurement déclaré en faillite, ou, étant insolvable, il pourra être déclaré en déconfiture. Art. **1188** et arg. de cet art. La loi n'exige pas et, au surplus, n'admet pas, en ce qui concerne la déconfiture, un jugement déclaratif, dans le sens qu'on donne à cette expression en matière de faillite. Mais la jurisprudence et certains auteurs, à l'opinion desquels nous croyons devoir nous rallier, décident que la déconfiture et la déchéance du terme, qui en est la conséquence, ne résultent pas de plein droit de l'insolvabilité dans laquelle le débiteur se trouve en fait, et qu'elles n'existent qu'à partir du jugement qui les constate (2). Ce système ne fait naître aucune complication relativement à l'exercice, par le créancier à terme, de l'action révocatoire. Dans ce système, la déconfiture, c'est l'insolva-

(1) C'est ce que Voet faisait déjà remarquer. *Ad Pand.*, XLII, VIII. 3.

(2) V. Civ. cass., 30 mars 1892, S., 92. 1. 481 (*Note* Labbé dans le même sens), D. P., 92. 1. 281. — La cour d'appel (Douai, 1er mai 1890) s'était prononcée en sens contraire, S. et D. P., *ubi supra*. — Cpr. *Note* Planiol, D. P., *loc. cit.* — V. notre t. II, n. 1013.

bilité constatée par justice. Or le jugement qui admet l'action paulienne doit précisément, comme condition de cette admission, constater l'insolvabilité, et, en pratique, le créancier ne manquera pas d'en profiter pour faire prononcer en même temps la déchéance. Voici quelle sera l'économie générale de ce jugement : Le tribunal dira que, vu les justifications fournies par le créancier demandeur, le débiteur est insolvable et, par suite, en déconfiture; qu'en conséquence il y a déchéance du terme et qu'ainsi le créancier a incontestablement le droit de faire annuler l'acte sans qu'il soit besoin d'examiner si la stipulation d'un délai au profit du débiteur peut, en elle-même, faire obstacle à l'exercice de l'action paulienne. Tout cela, disons-nous, trouvera place dans la même décision. Nous ne croyons donc pas possible que les juges puissent se prononcer sur l'admissibilité de l'action révocatoire sans qu'il y ait déchéance du terme, car ou ils s'appuieront sur une décision antérieure déclarant la faillite du débiteur et emportant de plein droit cette déchéance, ou, dans le jugement même qui admettra l'action paulienne, ils constateront l'insolvabilité et en déduiront comme conséquence, sur les conclusions du créancier, la suppression du terme (1).

Mais, en supposant (quelque invraisemblable que soit la chose) qu'il soit possible, comme paraît le croire Demolombe, que la question s'élève dans un cas où le débiteur « n'étant ni en faillite ni en déconfiture, semble toujours pouvoir réclamer le bénéfice du terme », nous estimerions, même dans ce cas, l'action paulienne recevable (2). Toutefois il ne faut pas dire que c'est dans l'art. 1180 que le créancier puiserait alors le droit d'agir. Sans doute on s'accorde à décider, par argument de ce texte, que le créancier à terme peut prendre toutes les mesures conservatoires. Mais il est impossible de considérer l'action paulienne comme ayant seulement ce caractère. Elle constitue un acte d'exécution. Or le créancier

(1) Laurent, XVI, n. 458. — Cpr. Vigié, II, n. 1244 *in fine*; Larombière, II, p. 261 (art. 1167, n. 56); Huc, VII, n. 219 *in fine*, p. 294; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 216, note 1 *bis*.

(2) *Sic* Alger, 7 fév. 1894, *Revue algérienne et tunisienne de législ. et de jurispr.*, X (1894), 2. 245. — *Contra* Capmas, n. 70-71. — Cpr. Duranton, X, n. 585.

à terme n'a pas le droit de faire des actes d'exécution [1]. Si, dans la situation très hypothétique dont nous parlons, il faut reconnaître à ce créancier le droit d'agir en vertu de l'art. 1167, c'est parce que la fraude fait exception à toutes les règles. Il serait contraire à toute justice comme à toute équité qu'un droit qui sans doute n'est pas exigible, mais dont l'existence est certaine, fût à la merci du débiteur. Puisque ce dernier cherche à nuire au créancier dès avant l'échéance, le créancier doit pouvoir immédiatement déjouer la fraude. Suivant la parole de Demolombe : « C'est le droit incontestable de la légitime défense [2].

Mais (nous tenons à le répéter en terminant), nous ne croyons pas que le cas prévu par cet éminent jurisconsulte puisse se présenter. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait, chose bien extraordinaire, que, dans l'hypothèse où le débiteur ne serait pas en état de faillite, le créancier s'abstînt de faire prononcer la déchéance du terme, alors qu'il lui suffit, pour l'obtenir, d'insérer quelques mots dans ses conclusions.

686. Celui qui n'a qu'une créance sous condition suspensive ne peut pas, avant l'événement de la condition, agir en vertu de l'art. 1167. Il n'est admis, pendant que la condition est en suspens, qu'à exercer les actes conservatoires. Art. 1180. Or, comme nous venons de le dire, l'action paulienne est certainement plus qu'une mesure conservatoire. Elle a le caractère d'acte d'exécution. Cela suffit pour qu'il faille refuser au créancier conditionnel le droit de l'intenter. C'est vainement qu'on objecte que la fraude fait exception à toutes les règles. Si cet argument peut être invoqué, ainsi qu'on l'a vu, au profit du créancier à terme, c'est parce que ce créancier a dès à

[1] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 90, 5e édit., p. 143; Demolombe, XXV, n. 609-610; Planiol, II, 1re édit., n. 338, 2e et 3e édit., n. 317; Laurent, XVII, n. 187, p. 202. Ce dernier auteur, dans le numéro cité à l'avant-dernière note, tout en déclarant, comme nous le faisons nous mêmes, qu'il ne comprend pas comment, en fait, il pourrait y avoir difficulté, est d'avis qu'en théorie il n'est pas douteux que le créancier à terme a le droit d'agir en vertu de l'art. 1167, « car le terme ne modifie en rien les droits du créancier ». Ce motif nous paraît des plus discutables. En s'exprimant ainsi, ou Laurent veut dire que le créancier à terme peut faire les mêmes actes qu'un créancier pur et simple (ce qui est inexact), ou nous ne voyons pas quelle est sa pensée.

[2] Demolombe, XXV, n. 230; Garraud, *op. cit.*, p. 199, note 1.

présent un droit parfait. Au contraire, ce qui caractérise la situation du créancier sous condition suspensive, c'est que son droit, comme nous l'expliquerons, n'existe pas à tous égards (1). Ce créancier ne saurait donc exercer l'action révocatoire. D'ailleurs, si l'on se prononce en sens contraire, on ne peut pas, tout au moins, soutenir qu'il convient d'annuler définitivement un acte au profit d'une personne qui n'est même pas sûre d'avoir un jour le droit d'obtenir cette annulation. Donc, si l'on estime que le créancier sous condition suspensive peut agir en vertu de l'art. 1167, l'action paulienne ne pourra produire que des effets conditionnels, c'est-à-dire des effets soumis à la même condition que le droit du demandeur.

Mais est-il possible qu'il en soit ainsi? L'annulation conditionnelle d'un acte n'a-t-elle pas des conséquences trop graves pour qu'elle soit admissible ? Demolombe objecte la disposition de l'art. 274, aujourd'hui art. 243 (L. du 18 avril 1886, art. 1er), qui autorisait la femme demanderesse en séparation de corps ou en divorce à faire annuler les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté ou les aliénations par lui faites des immeubles qui en dépendaient, si ces actes étaient intervenus postérieurement à l'ordonnance dont il était question dans l'ancien art. 238 (aujourd'hui art. 235). La femme, fait-il remarquer, n'est créancière dans cette hypothèse que sous condition suspensive, car sa créance ne doit exister que si la séparation ou le divorce est prononcé. Mais rien ne dit que, dans la pensée des auteurs du Code, ce texte renfermât l'application d'un principe général, et nous pouvons même répondre que, précisément puisque le législateur a cru nécessaire de l'écrire, il faut y voir une disposition exceptionnelle, qui s'explique naturellement par la facilité avec laquelle le mari peut ruiner sa femme et par la crainte qu'il ne s'empresse à profiter de cette facilité pour se venger de la demande en séparation de corps ou en divorce (2).

(1) V. notre tome II, n. 830.

(2) *Sic* Capmas, *op. cit.*, n. 271 ; Laurent, XVI, n. 459; Vigié, II, n. 1245; Huc, VII, n. 219 *in fine;* Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 216, note 1 *bis;* Planiol, II, 1re édit., n. 338, 2e et 3e édit., n. 317. — *Contra* Demolombe, XXV, n. 231. — Trib. civ. Nancy, 28 nov. 1887, *Rec. Nancy*, 1888-1889, p. 292.

687. Pour qu'un créancier, quel qu'il soit, puisse intenter l'action paulienne, il faut que sa créance soit antérieure à l'acte attaqué [1]. En effet, si elle est postérieure, cet acte ne lui cause pas de préjudice; il n'a pas pu considérer comme figurant dans son gage un bien dont le débiteur avait cessé d'être propriétaire au moment où il a traité avec lui. C'est là, on peut le dire, un principe de bon sens. Au surplus, la loi déclare dans l'art. **2092** que le gage des créanciers porte sur les biens « présents et futurs » du débiteur; or les biens dont il s'agit n'ont jamais été compris dans l'une de ces deux catégories par rapport à la personne dont la créance est postérieure à l'acte frauduleux. On trouve d'ailleurs une application de notre règle dans l'art. **1053**, et cette application fournit un nouvel argument à l'appui du principe [2].

688. Mais, pour qu'une créance soit antérieure à l'acte frauduleux, il suffit que son principe existe avant la passation de cet acte. Peu importe que l'existence des droits du créancier ait été déclarée ou que ces droits aient été liquidés par un jugement ultérieur. Ce jugement n'a pas fait naître

[1] L. 10, § 1, L. 15 et L. 16, D., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8.

[2] Delvincourt, II, p. 526; Toulier, VI, n. 351; Duranton, X, n. 573; Capmas, n. 68; Mourlon, II, n. 1181; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 133; 5e édit., p. 220 *in fine;* Larombière, II, p. 228 (art. 1167, n. 30); Demolombe, XXV, n. 232; Laurent, XVI, n. 460; Vigié, II, n. 1243; Thiry, II, n. 644, al. 2; Huc, VII, n. 219; Planiol, II, 1re édit., n. 337, 2e et 3e édit., n. 316. — Paris, 6 juin 1826 et Req., 30 janv. 1828, S., 28. 1. 279, D., *Rép. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 162. — Colmar, 20 mai 1836, S., 36. 2. 490, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 999-3°. — Toulouse, 1er déc. 1837, S., 38. 2. 500, D., *op. cit.*, v° *cit.*, n. 999-4°. — Riom, 9 août 1843, S., 44. 2. 15, D., *op. cit.*, v° *cit.*, n. 999-1°. — Bourges, 14 août 1844, S., 46. 2. 272, D. P., 46. 2. 225. — Caen, 10 août 1847, D. P., 50. 5. 180. — Bastia, 29 mai 1855, S., 55. 2. 495, D. P., 56. 2. 112. — Rennes, 27 mars 1858, S., 59. 2. 116. — Bruxelles, 11 août 1858, *Pasicr. belge*, 60. 2. 327. — Caen, 10 nov. 1859, D. P., 60. 2. 30. — Bruxelles, 1er fév. 1865, *Pasicr. belge*, 65. 2. 396. — Req., 29 janv. 1866, S., 66. 1. 165, D. P., 66. 1. 170. — Rennes, 16 fév. 1866, S., 67. 2. 45, Dall., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Contrat de mariage*, n. 1495. — Civ. cass., 7 fév. 1872, S., 72. 1. 73, D. P., 73. 1. 80. — Bruxelles, 12 juil. 1882, D. P., 83. 2. 107. — Toulouse, 30 déc. 1884, S., 86. 2. 93, Dall., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 361. — Agen, 3 fév. 1885, S., 86. 2. 31. — Grenoble, 12 février 1892, D. P., 93. 2. 475. — Trib. civ. Seine, 15 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 64. — Trib. civ. Charleville, 4 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. *Suppl.*, p. 42. — Trib. civ. Seine, 14 avril 1896, D. P., 99. 2. 313; 11 janv. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 370; 18 janv. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 379.

la créance; il n'est pas autre chose que le titre qui la constate (1).

Ainsi, par exemple, les créanciers peuvent exercer l'action paulienne contre le partage d'ascendant fait par leur débiteur en fraude de leurs droits, bien que leur créance, résultant d'un compte-courant et antérieure à cet acte, n'ait été reconnue que par jugement rendu après le partage (2).

689. D'un autre côté le principe qu'un créancier ne peut pas faire annuler en vertu de l'art. **1167** un acte antérieur à sa créance souffre exception en cas de fraude commise à l'encontre des créanciers futurs en vue d'enlever à ces créanciers, avec lesquels le débiteur se proposait de traiter plus tard, les garanties sur lesquelles ils devaient compter. Il serait contraire à toute justice de maintenir à leur préjudice l'acte incriminé, puisque, par hypothèse, la fraude qui le vicie a été dirigée contre eux (3).

Ainsi les créanciers postérieurs à un acte frauduleux sont admis à l'attaquer par l'action paulienne lorsque la fraude a eu pour but de les tromper par de fausses apparences de solvabilité et de crédit (4). De même des créanciers peuvent faire

(1) Larombière, II, p. 229 (art. 1167, n. 20 *in fine*); Laurent, XVI, n. 461; Huc, VII, n. 217, p. 293 *in fine*. — Bastia, 29 mai 1855, S., 55. 2. 495, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 325. — Req., 25 juillet 1864, S., 64. 1. 452. — Aix, 30 janv. 1871, D. P., 71. 2. 233. — Req., 2 avril 1872, S., 73. 1. 217, D. P., 73. 1. 65. — Paris, 8 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. *Suppl.*, p. 61.

(2) Req., 12 nov. 1872, S., 73. 1. 59, D. P., 74. 1. 78. — Paris, 31 mars 1896, *Bull. C. d'app. de Paris*, n. 5 juin 1896 (texte non publié).

(3) Marcadé, IV, n. 502; Mourlon, II, n. 1181, al. 1; Larombière, II, p. 228 *in fine* (art. 1167, n. 20); Laurent, XVI, n. 462; Huc, VII, n. 219, p. 294; Planiol, II, 1re édit., n. 337, al. 3, 2e et 3e édit., n. 316, al. 3. — Poitiers, 12 déc. 1854, S., 56. 2. 390, D. P., 55. 2. 231. — Caen, 10 nov. 1859, et Req., 29 janv. 1866, précités. — Aix, 30 janv. 1871, D. P., 71. 2. 233. — Civ. cass., 7 fév. 1872, D. P., 73. 1. 80. — Caen, 31 mai 1883, D. P., 84. 2. 217. — Montpellier, 16 nov. 1889, D. P., 90. 2. 171 et, sur pourvoi, Req., 5 janv. 1891, D. P., 91. 1. 331. — Paris, 24 mars 1891, joint à Civ. cass., 7 mai 1894, S., 98. 1. 510, D. P., 94. 1. 505, *Pand. franç. pér.*, 94. 1. 502. — Bourges, 18 juill. 1892, S., 93. 2. 210, D. P., 92. 2. 609. — Paris, 21 juin 1893, D. P., 93. 2. 470, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 131. — Req., 13 fév. 1894, S., 98. 1. 397, D. P., 95. 1. 31, *Pand. fr. pér.*, 95. 1. 52. — Paris, 31 mars 1896, D. P., 96. 2. 280. — Req., 30 mai 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 122.

(4) Bordeaux, 30 nov. 1869, S., 70. 2. 283, D. P., 71. 2. 108 et, sur pourvoi, Req., 28 août 1871, S., 78. 1. 316, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Cassation*, n. 403. — Paris, 16 mars 1893, D. P., 93. 2. 280. — Trib. civ. Seine, 21 juin 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 492, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er sem., 1. 81, *Droit*, 29 nov. 1904.

annuler en vertu de l'art. 1167 l'acte que le débiteur a passé en vue de se soustraire aux conséquences des condamnations qu'il prévoyait devoir être prononcées à leur profit (1).

690. Si l'action paulienne est dirigée contre une donation d'immeuble susceptible d'hypothèque, tout créancier, même simplement chirographaire, du donateur est recevable à poursuivre la nullité de cette donation en vertu de l'art. 1167, s'il prouve que sa créance est née avant que la formalité de la transcription fût remplie. Arg. art. 941 (2). C'est, du moins, ce qu'il faut décider lorsqu'on admet, avec la jurisprudence et un certain nombre d'auteurs, que le défaut de transcription d'une donation immobilière peut, en principe, être opposé par les créanciers chirographaires du donateur (3). Il est même à remarquer qu'on subordonne pour eux ce droit à la condition qu'ils auront manifesté la volonté de poursuivre la réalisation du gage que la loi leur donne sur les biens de leur débiteur. Or, précisément, un des faits que l'on considère comme révélant cette volonté, c'est celui d'exercer l'action paulienne (4).

Mais, lorsque l'acte incriminé est assujetti à la transcription par la loi du 23 mars 1855, les créanciers chirographaires ne peuvent l'attaquer que si leurs créances sont antérieures à la passation même de cet acte. Telle est la conséquence logique de ce principe que, dans le système de cette loi, le défaut de transcription ne peut pas être opposé par les créanciers chirographaires (5).

(1) Req., 5 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 173. — Nîmes, 2 mai 1892, *Gaz. Trib.*, 10 juin 1892. — V. aussi Civ. cass., 2 fév. 1852, S., 52. 1. 234, D. P., 52. 1. 49.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 393; Larombière, II, p. 228 (art. 1167, n. 20); Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, I, n. 1425.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 391; Demolombe, XX, n. 300-304; Huc, VI, n. 213; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, I, n. 1420; Planiol, I, 1re édit., n. 1427, 2e édit., n. 2631. — Req., 23 nov. 1859, S., 61. 1. 85, D. P., 59. 1. 481. — Cpr. Limoges, 28 fév. 1879. S., 80. 2. 52, D. P., 80. 2. 126. — V. pour d'autres autorités *C. civ. ann.* de Fuzier-Herman, art. 941, n. 50-52. — Les partisans de cette opinion font observer que, dans l'ancien droit, l'insinuation avait pour but de sauvegarder les droits des créanciers du donateur et qu'en reproduisant dans l'art. 941 du C. civ. les termes de l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, les auteurs de ce code ont suffisamment montré qu'ils assignaient le même rôle à la transcription.

(4) Vigié, II, n. 744 *in fine*.

(5) V. *supra*, n. 403.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de donations immobilières qui n'ont été assujetties à la transcription que par la loi du 23 mars 1855, telles que celles portant sur un droit de servitude, d'usage ou d'habitation, les créanciers chirographaires du donateur ne peuvent exercer l'action paulienne que si leurs créances sont nées avant le contrat et non pas simplement avant la transcription.

691. Etant donné qu'en principe la créance de la personne qui intente cette action doit être plus ancienne que l'acte frauduleux, s'élève la question de savoir s'il est nécessaire, lorsque le créancier produit à l'appui de sa prétention un titre sous-seing privé, que ce titre ait acquis date certaine antérieurement à l'acte attaqué. La question est très controversée. Laurent se prononce pour l'affirmative d'une façon absolue. Il n'est pas contestable, dit-il, que les personnes qui ont traité avec le débiteur sont des tiers par rapport aux créanciers. Or l'art. 1328 porte qu'un acte sous seing privé n'a de date contre les tiers que du jour où ont eu lieu certains faits qu'il précise. On voit que ce texte résout la difficulté. D'ailleurs l'esprit de la loi n'est pas favorable à la solution contraire. L'antériorité de la créance est une condition essentielle pour que son titulaire puisse exercer l'action paulienne. Il doit donc prouver que cette condition est remplie. Art. 1315. Dans l'autre système, on décharge, en réalité, le créancier du fardeau de cette preuve, et on impose au défendeur l'obligation d'établir l'antidate. Ainsi l'on viole non seulement la disposition de l'art. 1328, mais encore celle de l'art. 1315 [1].

Aubry et Rau enseignent, au contraire, que l'art. 1328 n'est pas applicable dans la matière. Ils se fondent sur ce que les motifs qui ont fait édicter la disposition de cet article n'existent pas ici. L'unique objet de l'art. 1328 « est de garantir contre toute possibilité de fraude tentée à l'aide d'antidates, les tiers dont les titres ne sont pas d'ailleurs impugnés ». Lorsqu'il a été prouvé que l'acte attaqué a fait naître ou a augmenté l'insolvabilité du débiteur et que, suivant les cas,

[1] Laurent, XVI, n. 461 ; Huc, VII, n. 219, et VIII, n. 251, p. 314. — Liège, 2 nov. 1826, *Pasicr. belge*, 1826, p. 265. — Bruxelles, 1er juil. 1865, *ibid.*, 65. 2. 336. — Cpr. Trib. de Caen, 10 août 1847, D. P., 51. 5. 180.

cet acte est frauduleux de la part des deux parties ou de la part du débiteur seul, cette preuve écarte « tout soupçon de fraude de la part du demandeur et doit avoir pour résultat de rejeter sur le défendeur la preuve de l'antidate dont il voudrait arguer » (1). Aubry et Rau n'apportent à leur principe que l'atténuation suivante : « Néanmoins, si l'insolvabilité du débiteur ne se trouvait établie que par l'adjonction à ses dettes antérieures de la créance du demandeur, celui-ci devrait, à défaut de date certaine de son titre, justifier de l'antériorité de cette créance par d'autres moyens de preuve. Il devrait même, au cas où l'action serait dirigée contre un acte à titre onéreux, démontrer que le défendeur connaissait, en traitant avec le débiteur, l'existence de cette même créance » (2).

Nous croyons qu'il convient d'admettre la distinction proposée par Larombière et Demolombe (3). En principe, on doit résoudre la question en appliquant la règle générale, c'est-à-dire la disposition de l'art. 1328, et, par conséquent, il faut que la certitude de la date de la créance résulte d'un des trois faits indiqués dans ce texte. Quand le tiers était de bonne foi au moment où il a contracté, il n'y a aucune raison pour faire exception au principe général, et même, en se prononçant dans l'autre sens, on ferait naître un danger très grave, car le débiteur aurait le moyen, en antidatant des conventions faites par lui ultérieurement, de rendre illusoires les droits stipulés de lui par ce tiers. Mais, la fraude faisant exception à toutes les règles, il faut écarter l'application de l'art. 1328 quand la personne qui a traité avec le débiteur connaissait l'insolvabilité de ce dernier, car c'est par suite de la fraude de cette personne que le créancier est obligé d'agir, et, si le

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 133-134, note 15, 5e édit., p. 221-222, note 15. — Req., 30 janv. 1828, S. chr., IX, 1 23; 14 déc. 1829, S. chr., IX, I, 407. — Bordeaux, 2 mai 1826, S. chr., VIII, 2. 229. — Douai, 21 juin 1888, S., 90. 2. 135. — Bourges, 18 juil. 1892, S., 93. 2. 210, D. P., 92. 2. 609. — Trib. civ. Lyon, 28 avril 1893, *Gaz. Trib.*, 27 août 1893. — Bordeaux, 24 janv. 1894, *Journ. arr de Bordeaux*, 94. 1. 93. — Paris, 4 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900, 1. 29.

(2) Aubry et Rau, note précitée.

(3) Larombière, II, p. 230 (art. 1167, n. 22); Demolombe, XXV, n. 23 *in fine*, p. 243-244. — Cpr. Paris, 16 mars 1893, D. P., 93. 2. 280.

titre de celui-ci n'a pas une date certaine antérieure à la passation de l'acte incriminé, c'est là précisément, comme le dit Demolombe, un des éléments de la fraude du tiers, et l'autorité de ce titre sera établie par la preuve même, que le créancier demande à faire, de la fraude organisée à son préjudice.

A ce raisonnement, Laurent fait l'objection suivante : « L'argument n'est-il pas un cercle vicieux? Il s'agit de savoir si la demande des créanciers est recevable; peut-on la déclarer recevable en se fondant sur la fraude des défendeurs, alors que la fraude n'est pas judiciairement établie? » (1). Nous répondons : Dans notre cas, la recevabilité de l'action est subordonnée à la preuve de la fraude du tiers. Les créanciers feront donc cette preuve pour établir que la demande est recevable. Il est vrai que, lorsqu'ils auront établi la fraude du tiers, ils auront ainsi satisfait à l'une des conditions dont la réalisation est nécessaire pour que l'action paulienne soit fondée. Mais qu'importe! C'est là un résultat qui se produit par la nature même des choses. Toujours est-il qu'il n'est nullement nécessaire de considérer la demande comme recevable pour que la fraude du tiers puisse être établie. Sa recevabilité résulte de la preuve faite; il ne faut donc pas dire que l'autorisation de faire la preuve suppose cette recevabilité. Ainsi le cercle vicieux dont parle Laurent n'existe pas.

691 I. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour décider que le curateur à succession vacante n'a pas qualité pour attaquer au moyen de l'action paulienne les actes auxquels le défunt a été partie : « Attendu que l'exercice de l'action paulienne excède ses pouvoirs, dit la cour de Dijon dans un arrêt du 30 juillet 1900; — Qu'en effet, chargé, au profit de tout ayant droit éventuel, d'administrer la succession vacante et de la représenter en justice, il peut être considéré comme représentant les créanciers du défunt dans la limite où ceux-ci sont engagés par les actes de leur débiteur; mais que ce serait dénaturer son rôle que de l'autoriser à

(1) Laurent, XVI, n. 461 *in fine*.

prendre une initiative qui eût été interdite au défunt, pour établir en leur lieu et place la mauvaise foi de ce dernier et faire annuler des actes auxquels il a participé ; — Qu'une pareille initiative se comprendrait d'autant moins que, d'une part, la nomination d'un curateur à succession vacante n'enlève pas aux créanciers, comme le ferait celle d'un syndic dans une faillite, le droit de faire valoir personnellement leurs intérêts en justice, et que, d'autre part, dans le cas où ils voudraient exercer l'action paulienne, c'est contre le curateur comme représentant l'hérédité, en même temps que contre le tiers qui a traité avec le défunt qu'ils auraient à poursuivre la nullité des actes qu'ils prétendraient avoir été faits en fraude de leurs droits ». En résumé, notre solution découle de cette idée que le curateur à la succession vacante ne représente pas les créanciers en tant que leurs intérêts sont distincts de ceux du défunt ou des héritiers (1).

III. *Quels actes peuvent être attaqués par l'action paulienne.*

692. En principe, tous les actes par lesquels le débiteur a frauduleusement diminué le gage de ses créanciers tombent sous le coup de l'action paulienne (2). Peu importe qu'il s'agisse d'un contrat soit à titre gratuit (3), soit à titre oné-

(1) Laurent, X, n. 205 ; Garraud, *De la déconfiture*, p. 166 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, II, 1re édit., n. 2571, et 2e édit., n. 1979. — Chambéry, 5 mars 1864, S., 64. 2. 203, D. P., 66. 5. 450. — Bordeaux, 3 juin 1870, S., 70. 2. 315. — Trib. civ. Seine, 21 janv. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 315, *Pand. franç.*, 93. 2. 144, 15 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 64.

(2) « *Quæ fraudationis causa gesta erunt : hæc verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum* ». Ainsi s'exprime la L. 1, § 2, D., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. — V. Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 414 *in fine*, 3e édit., p. 421 *in fine*. — Domat n'a fait que formuler l'idée traditionnelle quand il a écrit : « *Toutes les manières* dont les débiteurs diminuent frauduleusement le fonds de leurs biens pour en priver leurs créanciers sont illicites, et *tout ce qui sera fait à leur préjudice par de telles voies* sera révoqué ». *Lois civiles*, 1re partie, liv. II, tit. X, sect. I, n. 7 (édit. Rémy, I, p. 496). V. aussi même section, n. 1 (même édit., I, p. 495). — Planiol, II, 1re édit., n. 326, 2e et 3e édit., n. 305. — Trib. com. Nantes, 30 novembre 1901, *Rec. Nantes*, 1902. 1. 197.

(3) Par exemple, le partage d'ascendants, Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 32 ; Demolombe, XXIII, n. 130 ; Réquier, *Tr. des partages d'ascendants*, n. 85 ; Bonnet, *Théorie et pratique des partages d'ascendants*, II, p. 464. — Bourges, 18 juillet 1892, S., 93. 2. 210, D. P., 92. 2. 609. — Req., 29 juillet 1903, D. P.,

reux [1], ou d'un acte unilatéral, tel qu'une renonciation à un droit acquis [2]. On peut notamment attaquer, en vertu de l'art. 1167, la remise de dette consentie par le débiteur, l'acceptation qu'il a faite d'une succession insolvable [3] ou encore l'acceptation, par la femme, de la communauté [4], en supposant, bien entendu, l'existence des conditions requises, suivant la nature de l'acte dont il s'agit, pour l'exercice de l'action paulienne.

Nous tenons à mentionner ici une décision récente de la cour de cassation : l'action révocatoire peut être exercée par les créanciers du mari contre l'autorisation donnée par lui à sa femme commune en biens, alors que cette autorisation avait pour but de faire fraude auxdits créanciers en privant la communauté des revenus d'un usufruit qui avait été légué

1904. 1. 495. — V. aussi Nancy, 9 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 215. — Toulouse, 10 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 484.

(1) Lyon, 10 mai 1898 (annulation d'une société en nom collectif), *Gaz. Pal.*, 98. 2. 208. — Req., 24 janvier 1900 (annulation d'une dation en paiement), D. P., 1901. 1. 207. — Les créanciers peuvent faire annuler, en vertu de l'art. 1167, la vente consentie par un mari à sa femme, alors que cette dernière reconnaît avoir acquis à vil prix, « savait ainsi que sa créance de reprises n'était diminuée que d'une somme sensiblement inférieure à la valeur des objets achetés », et « n'ignorait, d'ailleurs, pas plus que son mari, l'état d'insolvabilité de ce dernier ». Civ. rej. (sur ce moyen), 30 janvier 1900, S., 1900. 1. 344. D. P., 1900. 1. 166. — V. aussi Trib. com. Nantes, 30 novembre 1901, précité (annulation d'un contrat d'assurance sur la vie consenti par le débiteur à l'un de ses créanciers).

(2) C'est ce que décident expressément le C. civ. portugais, art 1038, et le C. civ. mexicain, art. 1692.

(3) *Sic* Delvincourt, II, p. 58, note 9; Duranton, VII, n. 502-503; Bugnet sur Pothier, VII, p. 292, note 2; Chabot, *Success.*, art. 881, n. 2; Malpel, *Success.*, n. 220; Marcadé, art. 788, n. 3; Demante, III, n. 108 *bis*-IV et 223 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 384, texte et note 20; Demolombe, XIV, n. 557, XVII, n. 114, XXV, n. 155; Dufresne, *Tr. de la sépar. des patrim.*, n. 25; Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mar.*, I, n. 816; Barafort, *Tr. de la sépar. des patrim.*, n. 34; Laurent, IX, n. 364, et XVI, n. 478; Arntz, II, n. 1409; Vigié, II, n. 217; Thiry, II, n. 129; Huc, V, n. 176, p. 220; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, II, 1re édit., n. 2335-2337, 2e édit., n. 1680-1681. — *Contra* Odier, *Tr. du contr. de mar.*, I, n. 430; Troplong, *Tr. du contr. de mar.*, III, n. 1500 et 1529; Hureaux, *Tr. du dr. de succ.*, II, n. 200; Glandaz, *Encycl. du dr.*, v° *Comm.*, n. 318.

(4) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, II, n. 1019 (V. en note l'indication des auteurs en sens divers). — *Adde* Demolombe, *loc. cit.*; Planiol, II, n. 1236, 2e al. — Civ. rej., 26 avril 1869, S., 69. 1. 269, D. P., 69. 1. 239.

à la femme et auquel celle-ci a renoncé au profit de ses enfants [1].

693. Sous le nom de *tierce opposition*, l'action paulienne permet même d'atteindre les jugements dans lesquels le débiteur s'est laissé condamner par suite d'une collusion frauduleuse avec la partie adverse. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas invoquer le principe que le débiteur assigné en justice y représente ses créanciers. Il faut répéter ici ce que nous avons dit pour expliquer à un point de vue général le fondement de l'action paulienne : le débiteur qui trahit ses créanciers ne peut pas être considéré comme les représentant. Ceux-ci avaient, il est vrai, droit d'intervenir dans l'instance pour défendre leurs intérêts ; mais, une fois le jugement rendu, ils peuvent, s'il n'est plus susceptible d'opposition ni d'appel [2], l'attaquer par la tierce opposition, autrement dit par l'action paulienne [3].

694. Dans l'opinion généralement admise, les créanciers peuvent faire annuler la renonciation que leur débiteur fait à la prescription en fraude de leurs droits. A notre avis, telle

(1) Civ. rej., 29 juillet 1902, D. P., 1903. 1. 383 (V. la note signée M. P.)

(2) Si le jugement peut encore être attaqué par l'opposition ou l'appel, les créanciers sont admis par application de l'art. 1166, à user de ces voies de recours au nom de leur débiteur.

(3) Proudhon, *Usufr.*, V, n. 2366; Capmas, n. 66; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 141, 5e édit., p. 233; Larombière, II, p. 250 (art. 1167, n. 44) ; Demolombe, XXV, n. 157 ; Laurent, XVI, n. 472; Huc, VII, n. 224; Dutruc, *Supplém. aux lois de la procédure civile et commerciale*, de Carré et Chauveau, IV, v° *Tierce opposition*, n. 7; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, 2e édit., VI, § 2476, p. 639-641. — Aix, 3 juill. 1810, S. chr., III, 2. 203. — Toulouse, 21 avril 1819, S. chr., VI, 2. 59. — Paris, 30 juill. 1829, S. chr., IX, 2. 309, D., *Rép. alph.*, vis *Tierce oppos.*, 187-3° et *Distrib. par contrib.*, n. 120. — Bastia, 8 déc. 1834, D. P., 35. 2. 12, et *Rép. alph.*, v° *Tierce oppos.*, n. 191 et 146. — Paris, 24 déc. 1849, S., 49. 2. 227. — Req., 8 juill. 1850, S., 51. 1. 38, D. P., 50. 1. 224. — Rennes, 9 avril 1851, S., 52. 2. 261, D. P., 53. 2. 208. — Civ. cass., 1er août 1865, D. P., 65. 1. 356. — Liège, 17 janv. 1872, *Belgique judiciaire*, 72. 1497. — Alger, 30 nov. 1892, D. P., 93. 1. 511. — Civ. rej., 21 oct. 1891, D. P., 92. 1. 168. — Trib. civ. Seine, 30 avril 1897, *Mon. Lyon*, 4 sept. 1897. — Req., 5 juill. 1898, D. P., 99. 1. 481. — Paris, 19 juin 1899, *Droit*, 12 nov. 1899. — V. aussi Paris, 2 fév. 1832, S., 32. 2. 201. — Req., 3 juill. 1832, S., 32. 1. 727. — Riom, 23 fév. 1882, D. P., 83. 2. 57. — Req., 8 janv. 1883, D. P., 84. 1. 57. — Trib. civ. Seine, 29 déc. 1897, D. P., 99. 2. 283. — Paris, 23 juin 1898, *Rec. assur.*, 1898, 377; 6 juill. 1898, *Gaz. Trib.*, 99, 2e semestre, 1. 59. — Cpr. Req., 14 avril 1891, D. P., 92. 1. 155.

est, en effet, le sens de la disposition de l'art. 2225. Mais, en supposant qu'il en fût autrement, il y aurait lieu, croyons-nous, de décider que, l'art. 1167 renfermant une disposition de droit commun, la règle qu'il formule doit s'appliquer ici même en l'absence d'un texte spécial (1).

695. Le paiement d'une dette exigible ne peut pas être annulé en vertu de l'art. 1167. Celui à qui il a été fait est simplement rentré dans son bien (2). Pour le cas de faillite, le Code de commerce déclare nuls et sans effets, pour dettes non échues, tous paiements sans distinction, et, pour dettes échues, les paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce. Art. 446. De plus, aux termes de l'art. 447 du même code, les autres paiements peuvent être annulés, si les créanciers qui les ont reçus connaissaient la cessation des paiements. Mais, en matière civile, on n'est pas autorisé à s'inspirer de ces dispositions, car elles ont un caractère exceptionnel (3).

Lorsque la dette payée n'était pas exigible, le créancier peut, sans doute, conserver le capital reçu, mais il est obligé de tenir compte aux demandeurs de tous les avantages qui résultent pour lui de ce fait que le paiement a eu lieu avant l'échéance, et, par exemple, si la créance ne produisait pas d'intérêts, il doit leur en payer.

Ces solutions sont traditionnelles. On les trouve déjà en droit romain (4), et nos anciens auteurs les avaient acceptées (5).

Il en est de même pour la dation en paiement. Consentie pour une dette exigible, elle ne saurait être attaquée, à moins que l'objet donné en paiement n'ait été cédé pour un prix inférieur à sa valeur réelle (6). Faite avant l'échéance, elle pourrait être critiquée dans les mêmes conditions que le paiement.

696. L'action paulienne est, nous l'avons dit, une action générale. Ce principe souffre cependant deux exceptions.

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 115, p. 77.

(2) V. *supra*, n. 663 et les autorités citées en note.

(3) V. André Dupin, *op. cit.*, p. 48-49.

(4) L. 6, § 7, D., *Quæ in fraudem creditorum*, XLII, 8. — Accarias, *op. cit.*, II, n. 851, p. 945.

(5) Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. II, tit. X, sect. I, n. 9 (édit. Rémy, I, p. 497).

(6) V. *supra*, sous le n. 663, la jurisprudence citée en note.

697. La première résulte du lien qui unit l'art. **1167** à l'art. **1166**. Ce dernier texte permet aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur, en vue de se faire payer sur le prix des biens qu'ils feront ainsi entrer dans le patrimoine de celui-ci. L'art. **1167** les autorise à faire annuler les actes accomplis par le débiteur en fraude de leurs droits, afin de se faire payer sur les biens qui rentreront ainsi dans le même patrimoine. Dans les deux cas les créanciers poursuivent le même but : ils prennent les mesures nécessaires pour que le patrimoine du débiteur comprenne certains éléments sur lesquels doit porter régulièrement le droit de gage qui leur est conféré par l'art. **2092**. Or, ainsi que nous l'avons expliqué en étudiant l'art. **1166**, ne peuvent pas figurer parmi ces éléments, les droits personnels du débiteur, ou, comme le dit ce texte, les droits exclusivement attachés à sa personne, car ils n'ont pas pour objet des biens faisant partie du gage commun des créanciers [1]. Par conséquent, les actes par lesquels le débiteur exerce un droit présentant ce caractère ou renonce à un pareil droit ne peuvent pas être **annulés en vertu de** l'art. **1167**. Ainsi un créancier n'est pas admis à attaquer par l'action paulienne la renonciation frauduleuse que son débiteur aurait faite au droit de demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. En supposant que le créancier pût faire annuler cette renonciation, quel profit retirerait-il de l'annulation, puisqu'il ne pourrait pas exercer l'action en révocation du chef du débiteur ?

Notre première exception peut donc être ainsi formulée : l'action paulienne n'est pas admise contre les actes par lesquels le débiteur exerce ou abdique un droit exclusivement attaché à sa personne [2].

698. On se demande si cette première exception s'applique à la renonciation faite par un père ou une mère à son droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants. A notre avis, on doit répondre affirmativement pour tous les cas. On

[1] V. *supra*, n. 604 et s.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 131, texte et note 5, 5e édit., p. 218, texte et note 5; Demolombe, XXV, n. 169; Laurent, XVI, n. 473. — Cpr. Huc, VII, n. 217.

n'a donc pas à distinguer, comme le font certains auteurs, suivant que le père ou la mère a renoncé directement à son droit de jouissance, c'est-à-dire sans émanciper son enfant, ou que la renonciation n'a été qu'indirecte, ce qui arrive lorsqu'elle est la conséquence de l'émancipation. Ceux qui établissent cette distinction enseignent avec raison que, dans la seconde hypothèse, les créanciers du père ou de la mère ne peuvent pas attaquer la renonciation. Elle constitue, dans cette hypothèse, un effet légal de l'émancipation; elle a lieu de plein droit; à vrai dire même, il y a plutôt ici perte de la jouissance légale en vertu de la loi que renonciation à cette jouissance. Pour faire tomber cette prétendue renonciation, il faudrait faire annuler l'émancipation elle-même. Comment pourrait-on attaquer la première séparément puisqu'elle ne se présente pas comme un acte du débiteur, mais simplement comme la conséquence d'un de ses actes? Or il est évident que le droit pour un père ou une mère d'émanciper son enfant est un droit exclusivement attaché à la personne et, par suite, non compris dans le patrimoine du débiteur.

Les mêmes auteurs admettent, au contraire, que l'action paulienne est recevable contre la renonciation directe au droit de jouissance légale du père ou de la mère (1). Nous ne sommes pas de cet avis. Dans notre opinion, cette jouissance légale, qu'on appelle aussi, mais inexactement, usufruit légal, est, à la différence de l'usufruit proprement dit, incessible et insaisissable, car elle constitue essentiellement un attribut de la puissance paternelle. Ce qui revient à dire que ce droit n'est pas compris dans le gage commun des créanciers. Conçoit-on d'ailleurs qu'il puisse être exercé par un tiers? La nature même des charges qui grèvent cette jouissance, notamment la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, ne prouve-t-elle pas assez que, dans l'esprit du législateur, cette jouis-

(1) Toullier, IV, n. 368; Proudhon, *Usufr.*, n. 2399; Duranton, III, n. 394; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1138; Magnin, *Des minorités*, I, n. 282; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 131, texte et note 5, 5e édit., p. 218, texte et note 5; Larombière, II, p. 221 (art. 1167, n. 11 *in fine*); Demolombe, VI, n. 594, et XXV, n. 594; Laurent, III, n. 339 *in fine*, et XVI, n. 476. — Sect. req., 11 mai 1819, S., VI, 1. 72, D., *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, n. 173. — *Contra* Merlin, *Quest.*, v° *Usufruit paternel*, 10; Zachariæ, § 119, note 10.

sance ne doit être exercée que par le père ou la mère [1].

Mais, si les créanciers ne peuvent pas attaquer la renonciation faite par leur débiteur au droit même de jouissance légale conféré par l'art. 384, ils sont, au contraire, recevables à faire annuler les actes par lesquels le débiteur a aliéné frauduleusement les fruits qui lui appartiennent en vertu de ce droit de jouissance, par exemple la vente d'une récolte pendante, la cession d'un prix de loyer non échu. En effet, ces fruits, envisagés en eux-mêmes, peuvent être cédés ou saisis, et, par conséquent, la révocation de l'acte frauduleux sera susceptible de profiter aux créanciers.

699. Voici maintenant la deuxième exception : elle est indiquée en termes fort obscurs par l'art. 1167 *in fine*, ainsi conçu : « *Ils* [*les créanciers*] *doivent néanmoins, quant à leurs* » *droits énoncés au titre* des Successions *et au titre* du Con- » trat de mariage et des Droits respectifs des époux, *se con-* » *former aux règles qui y sont prescrites* ».

Ce texte nous annonce une double restriction au principe de l'action paulienne : l'une établie au titre *Des successions*, l'autre au titre *Du contrat de mariage*.

700. Il est facile de trouver la première. Elle résulte de l'art. 882. Il s'agit du partage de succession, l'un des actes qui se prêtent le mieux à la fraude, mais l'un de ceux aussi qu'il y a le plus d'inconvénient à briser, à cause des nombreux intérêts qui se trouvent ainsi sacrifiés. La loi fournit ici aux créanciers des copartageants un moyen de prévenir les fraudes qui pourraient être tentées à leur encontre : ils interviendront au partage pour en surveiller les opérations ; s'ils ont négligé d'user de ce moyen *préventif*, le moyen *répressif* de l'action paulienne leur sera refusé [2].

[1] V. *supra*, n. 606. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Des personnes*, IV, n. 156 ; Proudhon, *Usufruit*, V, n. 2397 ; Thiry, I, n. 506 ; Vigié, II, n. 691 ; Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, I, 1re édit., n. 2449-2450, 2e édit., n. 2177-2178, 3e édit., n. 1698-1699.

[2] V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des succ.*, III, 1re édit., n. 4181 et n. 4235 s., 2e édit., n. 3210 et n. 3247 s. Voir en note dans cet ouvrage, sous le n. 4235 de la 1re édit. et sous le n. 3247 de la 2e, un tableau très complet de la doctrine et de la jurisprudence. — V. aussi Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 882, n. 97 s., 101 s.

701. Toutefois les créanciers des copartageants ont le droit d'attaquer le partage lorsqu'il y a été procédé hors de leur présence, nonobstant une opposition qu'ils y avaient formée. Dans ce cas, ils doivent prouver que le partage leur a causé un préjudice, car, sans cela, l'intérêt qui doit servir de base à leur action ne serait pas démontré. Mais ils n'ont à établir ni l'existence d'un contrat frauduleux entre les copartageants, ni même la fraude de leur débiteur (1).

702. De plus la règle posée par l'art. 1167 reprend son empire dans l'hypothèse suivante. La disposition de l'art. 882, ayant le caractère d'exception, doit être interprétée dans le sens restrictif. Il faut en conclure avec la jurisprudence que les créanciers des cohéritiers sont admis à intenter l'action révocatoire lorsque ces derniers, soit en dissimulant le décès du *de cujus*, soit en procédant au partage avec une précipitation frauduleuse, les ont mis dans l'impossibilité d'intervenir ou de former opposition. Cette décision se justifie aisément. Si le législateur refuse aux créanciers des copartageants le droit de réprimer la fraude, c'est parce qu'il leur donne le moyen de la prévenir; mais si, en fait, les créanciers sont privés par les cohéritiers de cette dernière ressource, il est juste qu'ils puissent recourir à la voie répressive (2).

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, 1re édit., n. 4221-4222, 2e édit., n. 3237-3238, et les autorités citées en note.

(2) Duranton, VII, n. 506; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 773; Colmet de Santerre, III, n. 224 *bis;* Legentil, *Rev. crit,* II, 1852, p. 248; Rolland de Villargues, v° *Oppos. à part.*, n. 19; Hureaux, IV, n. 212; Le Sellyer, III, n. 1773; Demolombe, XVII, n. 243 et 245; Laurent, X, n. 540; Vigié, II, n. 425; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, 1re édit., n. 4241, 2e édit., n. 3251-2°; Tissier, *Th. et prat. de la tierce opp.*, n. 82. — Limoges, 15 avril 1856, S., 56. 2. 632, D. P., 57. 2. 22. — Req., 4 fév. 1857, S., 58. 1. 47, D. P., 57. 1. 225. — Caen, 24 avril 1863, S., 63. 2. 170. — Bordeaux, 29 août 1864, joint à Req., 9 juill. 1866, S., 66. 1. 361, D. P., 66. 1. 369. — Colmar, 16 mars 1869, S., 69. 2. 335. — Req., 14 fév. 1870, S., 70. 1. 294, D. P., 71. 1. 21. — Nancy, 12 fév. 1877, D. P., 79. 2. 115. — Paris, 10 août 1877, S., 78. 2. 6, D. P., 78. 2. 172. — Paris, 30 nov. 1877, *Rev. not.*, art. 5576. — Paris, 9 janv. 1879, S., 79. 2. 248. — Paris, 28 déc. 1883, *Gaz. Pal.*, 84. 1. 268. — Trib. civ. Lyon, 9 fév. 1887, *Mon. jud. Lyon*, 9 mai 1887. — Civ. cass., 17 nov. 1890, S., 94. 1. 399, D. P., 91. 1. 25. — Pau, 11 janv. 1891, D. P., 92. 2. 231. — Besançon, 31 déc. 1891 (motifs), D. P., 92. 2. 113. — Bourges, 18 juill. 1892, S., 93. 2. 210, D. P., 92. 2. 609. — Trib. civ. Seine, 23 juill. 1892, *Loi* du 8 août 1892. — Bordeaux, 28 fév. 1894, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 94. 1. 113. — Dijon, 24 juin 1896, D. P., 97. 2. 13. — Civ. rej., 28 avril 1900, S.,

703. La seconde restriction doit, d'après l'art. 1167 *in fine*, se trouver dans le titre *Du contrat de mariage*... Mais elle y est si bien cachée que les auteurs n'ont pas su la trouver, peut-être parce qu'ils sont allés la chercher trop loin (1). Nous croyons qu'elle résulte tout simplement de l'art. 1476, qui rend applicables au partage de la communauté les règles relatives au partage des successions, et, par conséquent, celles contenues dans l'art. 882. Les créanciers de l'un des copartageants ne pourraient donc pas attaquer par l'action paulienne un partage de communauté, auquel ils auraient négligé d'intervenir ou de former opposition (2).

704. Si l'on admet généralement que la disposition de l'art. 882 doit, par argument de l'art. 1476, être étendue au partage de communauté, la jurisprudence et la plupart des auteurs estiment au contraire que cette disposition ne saurait s'appliquer au partage de société. On rappelle à l'appui de cette solution que les exceptions sont de droit strict (3).

1900. 1. 377, D. P., 1901. 1. 17. — V. cependant Lyon, 12 juin 1879, *Rev. not.*, n. 5917.

(1) D'après plusieurs auteurs, c'est la disposition de l'art. 873 du Code de procédure civile qui constituerait la seconde restriction. Aux termes de cet article, si les formalités prescrites par ce code relativement à la publicité du jugement de séparation de biens (tit. IV du liv. I de la 2e partie), ont été observées, « Les créanciers du mari ne sont plus reçus après l'expiration du délai (d'un an) dont il est question dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation ». — Demante, V, n. 83; Vigié, n. 1259. — Cpr. Demolombe, qui est beaucoup moins affirmatif, XXV, n. 168. — Cette explication n'est pas satisfaisante : cela ressort à l'évidence de ce simple fait que l'art. 1167 *in fine* renvoie « au titre du *Contrat de mariage et des droits respectifs des époux* », par conséquent au Code civil et non pas au Code de procédure civile.

(2) Cpr. Larombière, II, p. 278 (art. 1167, n. 64); Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 141 et V, p. 432, 5e édit., IV, p. 233; Laurent, X, n. 545, et XXIII, n. 15; de Loynes sur Tessier, *Tr. de la soc. d'acq.*, n. 275, note 1 ; Guillouard, *Tr. du contrat de mar.*, III, n. 1339 ; Huc, VII, n. 229 *in fine* ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des success.*, III, 1re édit., n. 4262, 2e édit., n. 3267 ; Planiol, II, 1re édit., n. 335, al. 3, 2e et 3e édit., n. 314, al. 3. — Grenoble, 12 fév. 1830, D., *Répert. alph.*, v° *Contrat de mar.*, n. 170. — Req., 9 juil. 1866, S., 66. 1. 361, D. P., 66. 1. 269. — Chambéry, 29 nov. 1876, D. P., 78. 2. 215. — Civ. cass., 17 nov. 1890 (motifs), S., 94. 1. 399, D. P., 91. 1. 25. — Req., 28 mai 1895, S., 95. 1. 385 (note Lyon-Caen), D. P., 96. 1. 164 (observations de M. le conseiller Marignan).

(3) *Sic* Duvergier, *Tr. du contrat de soc.*, n. 495 ; Troplong, *Tr. des soc.*, II, n. 1061 ; Pont, *Tr. des soc. civ.*, n. 785 ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 573, note 6 ; Laurent, X, n. 545, et XXVI, n. 413 ; Guillouard, *Tr. du contrat de soc.*, n. 350 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, II, n. 418 ; Huc, XI, n. 135, p. 179 ;

Mais il nous semble que cette maxime ne peut pas avoir ici la conséquence qu'on prétend. Quel est le texte qui autorise à étendre la disposition de l'art. 882 au partage de communauté ? Ce n'est point l'art. 1167 *in fine*. C'est l'art. 1476. Les derniers mots de l'art. 1167 annoncent simplement qu'au titre *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, il sera apporté une modification à la règle qui vient d'être formulée relativement à l'action paulienne. Ils ne visent même pas d'une façon précise l'art. 882. Ils se bornent à faire allusion à une modification quelconque qui sera indiquée dans la suite. Ce n'est donc pas l'art. 1167 *in fine* qui établit l'exception, car, si on l'envisage en lui-même, on ne pourra certainement pas découvrir ce qu'il y a de particulier en matière de contrat de mariage. Le texte qui renseigne sur ce point, c'est incontestablement l'art. 1476, et cet article est ainsi conçu : « Au surplus, le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre *Des successions* pour les partages entre cohéritiers ». Si donc l'art. 882 est applicable au partage de communauté, c'est à raison du renvoi général contenu dans l'art. 1476. Or, au titre *Du contrat de Société*, figure une disposition, celle de l'art. 1872, qui paraît bien avoir la même portée que celle de l'art. 1476. En voici le texte : « *Les règles concernant le partage des successions*, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés ». Ici également nous trouvons un renvoi général aux « règles concernant le partage des successions ». Pourquoi ce renvoi n'aurait-il pas le même effet dans l'art. 1872 que dans l'art. 1476? Pourquoi l'art. 1872 n'aurait-il pas tout aussi bien que l'art. 1476 la force de modifier, relativement au contrat dont il s'agit, la règle posée

Houpin, *Sociétés*, 3e édit., I, n. 167. — Req., 20 nov. 1834, S., 35. 1. 131. — Req., 9 juil. 1866, S., 66. 1. 361, D. P., 66. 1. 369. — Chambéry, 29 nov. 1876, Civ. cass., 17 nov. 1890, précités. — Limoges, 24 mars 1893, D. P., 95. 2. 137 (*Note* Cohendy), et, sur pourvoi, Req., 28 mai 1895, précité. — Cpr. Civ. cass., 18 juil. 1899, S., 1900. 1. 27, D. P., 1900. 1. 17 (*Note* de Loynes).

dans le premier alinéa de l'art. 1167? Serait-ce parce qu'à la fin de ce dernier texte il n'est fait aucune allusion à l'art. 1872? Mais qu'importe cette circonstance? Elle ne peut pas faire perdre au renvoi dont nous venons de reproduire les termes son caractère général (¹).

IV. *Des effets de l'action paulienne.*

705. Les divers effets de l'action paulienne se déduisent de cette idée qu'elle tend à obtenir, comme réparation du préjudice causé aux créanciers, l'annulation de l'acte frauduleux. Le législateur a estimé que, dans notre cas, la réparation la plus adéquate et la plus sûre était le rétablissement des choses dans leur état primitif. Peut-être, il est vrai, ne suffira-t-il pas, pour faire disparaître complètement le préjudice, d'annuler l'acte incriminé. Dans ce cas, si les créanciers y concluent, le juge pourra leur allouer en outre des dommages-intérêts. Il n'en sera toutefois ainsi à l'égard du tiers défendeur que lorsqu'il aura participé à la fraude.

Suivant certains auteurs, l'action paulienne aurait une nature différente. Elle serait une action en dommages-intérêts, qui aboutirait, il est vrai, à la révocation comme procédé de réparation, mais qui ne supposerait point une cause d'annulation affectant l'acte attaqué. Dans notre cas il faudrait parler, non pas d'annulation, mais seulement de révocation de cet acte, car l'action n'aurait pas pour but de le faire tomber.

Cette théorie nous paraît inexacte. Toutefois, comme le demandeur à l'action paulienne ne représente pas les autres créanciers, c'est relativement à lui seulement que l'acte frauduleux sera annulé. Mais ce n'est là qu'une application des principes qui gouvernent la chose jugée. Art. 1351.

D'ailleurs, ainsi que nous l'établirons, de ce que l'action paulienne est une action en nullité, il ne résulte pas, comme on l'a prétendu, qu'elle soit réelle, ni qu'elle soit soumise à la prescription décennale de l'article 1304.

(¹) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des success.*, 2e édit., III, n. 3267, et *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 483. — V. aussi dans ce sens Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 386. — Paris, 13 juin 1807, S. chr., II, 2. 260.

Il nous faut revenir sur ces diverses propositions pour les expliquer avec quelques détails.

706. Si le tribunal considère la prétention du demandeur comme fondée, il annulera l'acte incriminé. L'action paulienne est donc une action en *nullité* ou en *révocation* (ces deux mots ont ici le même sens) (1).

Cette façon de s'exprimer s'appuie à la fois sur les textes et sur la tradition. Que, dans le système du Code civil, l'action paulienne soit une action en nullité, voilà déjà ce que donne à entendre l'art. 1167 lui-même par le mot *attaquer* : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, *attaquer* les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits » (2). Mais l'art. 622, qui renferme une application du principe posé dans l'art. 1167, le dit en toutes lettres : « Les créanciers de l'usufruitier peuvent *faire annuler* la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice ». Il en est de même de l'art. 243, ancien art. 271 (arg. des mots *sera déclarée nulle)*, et de l'art. 788 (arg. du mot *annulée*).

En se prononçant ainsi, les rédacteurs du Code n'ont fait que consacrer la théorie de nos anciens auteurs. Pothier, examinant le cas où un débiteur insolvable accepte en fraude de ses créanciers une succession notoirement mauvaise, pose incidemment le principe de l'action paulienne dans les termes suivants : « Tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers peut être *rescindé*, même les obligations qu'il contracte » (3). Et Domat, qui a fait une étude spéciale de la

(1) *Sic* Laurent, XVI, n. 483-485, p. 560-564; Planiol, II, 1re édit., n. 348, 2e et 3e édit., n. 327. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*- XIII. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 137, note 24, et p. 142, note 38, 5e édit, p. 227, note 24, et p. 234, note 38; Demolombe, XXV, n. 245-247; Pannier, *op. cit.*, p. 264. — M. Planiol avait d'abord soutenu que l'action paulienne était une action personnelle en réparation du préjudice causé. V. *Note sur la nature, les effets et la prescription de l'action paulienne*, *Rev. crit.*, XXXIe année (1882), p. 494 s. — Cpr. Huc, VII, n. 226, p. 303 *in fine*.

(2) On trouve la même expression dans l'art. 882.

(3) *Successions*, ch. V, art. 4, dernier alinéa. — On lit également dans le *Tr. des oblig.*, du même auteur, n. 153 : « Observez, néanmoins, que, si le débiteur, lorsqu'il a fait passer à un tiers la chose qu'il s'était obligé de me donner, n'était pas solvable, je pourrais agir contre le tiers acquéreur pour faire *rescinder* l'aliénation qui lui en a été faite en fraude de ma créance... » (édit. Dupin, I, p. 77).

matière, se prononce de la façon la plus explicite dans le même sens : « Tout ce que font les débiteurs pour frustrer leurs créanciers par des aliénations et autres dispositions quelles qu'elles soient, est *révoqué,* selon que les circonstances et les règles qui suivent peuvent y donner lieu » (1). Et, plus loin : « .... généralement, tous les contrats et autres actes et dispositions faits en fraude des créanciers seront *annulés* » (2). Le rapprochement de ces deux textes de Domat prouve assez que, dans l'esprit de ce jurisconsulte, les expressions *révocation* et *annulation* étaient synonymes.

Si l'on remonte le cours de la tradition, il est facile de constater que le droit romain n'est nullement opposé à cette conception de l'action paulienne. On sait que, dans la procédure romaine, quelle que fût l'action dont il s'agissait, la condamnation était pécuniaire. Mais l'action paulienne était arbitraire, et, par suite, en ce qui la concerne, la condamnation était subordonnée à la condition que le défendeur n'exécuterait pas le *jussum,* c'est-à-dire l'ordre donné par le juge de revenir sur l'acte frauduleux et de rétablir les choses dans leur état primitif. Et comme, lorsqu'il y avait dol de la part du défendeur, la condamnation encourue en cas d'inexécution de cet ordre était fixée par le demandeur lui même sous la foi du serment et, par conséquent, plutôt exagérée, le défendeur, pour y échapper, préférait exécuter le *jussum.* Il est donc vrai de dire que, d'après l'intention de son auteur, l'action paulienne tendait à obtenir l'anéantissement de l'acte frauduleux. C'est ce qui ressort des textes du Digeste. Nous pourrions faire de nombreuses citations. Nous nous en tiendrons aux suivantes : « Necessario prætor hoc edictum proposuit, » quo edicto consuluit creditoribus *revocando ea,* quæcumque » in fraudem eorum alienata sunt » (3). « Hac in factum » actione *non solum dominia revocantur, verum etiam actio-* » *nes restaurantur* » (4). « Omnes debitores, qui in fraudem

(1) *Lois civiles,* 1re partie, liv. II, tit. X, sect. 1, n. 1 (édit. Rémy, I, p. 495). — On retrouve l'expression *révoquer* dans les n. 2, 3, 4 et 5.

(2) Même section, n. 7.

(3) L. 1, § 1, *Quæ in fraud. credit.,* XLII, 8.

(4) L. 14, *eod. tit.*

» creditorum liberantur, per hanc actionem *revocantur in* » *pristinam obligationem* » (1). En présence de ces textes, on ne peut pas douter qu'aux yeux du préteur, la réparation du préjudice subi par les créanciers dût être le rétablissement du patrimoine du débiteur dans l'état où il se trouvait avant la passation de l'acte frauduleux. Mais il est naturel qu'aujourd'hui le but de l'action paulienne soit atteint d'une façon directe et sûre par l'annulation de l'acte attaqué. C'est ce qu'a voulu notre législateur, ainsi qu'il résulte des termes que nous avons soulignés dans les art. 1167, 243, 622 et 788. C'est ce qui était admis dans notre ancien droit, comme le prouvent les extraits de Pothier et de Domat reproduits plus haut.

Au surplus, ce n'est pas d'un seul coup que le préteur romain a établi les divers secours contre les actes faits par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers. Il ne les a institués que successivement, et c'est très probablement après avoir introduit l'action paulienne que, pour renforcer celle-ci, il se mit à accorder, dans certains cas, la *restitutio in integrum ob fraudem* (2). Or, ce dernier secours avait les effets d'une action en nullité : « *Rescissa alienatione* », disent les *Institutes* pour marquer le résultat obtenu par cette *restitutio* (3). N'était-il pas naturel que notre législateur, n'ayant pas à procéder timidement et progressivement comme le préteur romain, attribuât à l'action paulienne les effets de la *restitutio*, en d'autres termes que, dans le droit moderne, il y eût pénétration de la *restitutio* dans l'action paulienne ? Les passages que nous avons extraits de Domat et de Pothier prouvent même que cette pénétration était réalisée dans notre ancien droit. Quand Pothier écrivait cette proposition : « Tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers peut être *rescindé* », il s'inspirait sans aucun doute de ces expressions des *Institutes* « *rescissa alienatione* », expressions qui, nous venons de le dire, se rapportent à l'annulation produite par

(1) L. 17, pr., *eod. tit.* — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 853, p. 947.

(2) Accarias, *op. cit.*, II, p. 940, note 2; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 417, texte et note 3; rapprochez p. 407, note 4; 3e édit., p. 424, texte et note 3; rapprochez p. 414, note 4.

(3) *Instit.*, § VI, *De actionibus* (liv. IV, tit. VI).

la *restitutio*. Ainsi les jurisconsultes qui, dans notre matière, ont servi de guides aux rédacteurs du Code, attachaient déjà à l'action paulienne les effets de la *restitutio*. Ne doit-on pas en conclure que notre législateur a consacré ce système?

707. Plusieurs auteurs paraissent considérer comme incontestable que, si l'on voit dans l'action paulienne une action en nullité, on lui reconnaît par le fait même le caractère d'action réelle (1). Suivant eux, dire que l'action révocatoire tend à l'annulation de l'acte frauduleux, c'est admettre l'existence en droit français de l'action dont il est question dans les *Institutes* de Justinien, au § VI du titre *De actionibus* (liv. IV, tit. VI), c'est-à-dire au paragraphe où figurent ces expressions « *Rescissa alienatione* » dont nous avons tiré argument plus haut. On sait que, sur la foi de ce paragraphe, beaucoup de commentateurs ont pensé qu'il y avait en droit romain une action paulienne réelle, spéciale au cas d'une aliénation proprement dite (2). Mais on reconnaît généralement aujourd'hui que, dans ce paragraphe, où, d'ailleurs, le nom de l'action paulienne ne se rencontre pas, il s'agit simplement de l'action en revendication fictice que les créanciers pouvaient exercer dans le cas d'une aliénation frauduleuse, après avoir été envoyés en possession des biens de leur débiteur et avoir fait rescinder l'aliénation par la voie de la *restitutio in integrum*. Les créanciers avaient de la sorte le moyen de faire valoir en justice le droit de propriété, en feignant que la chose aliénée n'était pas sortie du patrimoine du débiteur, et ainsi l'action qu'ils exerçaient était bien une action réelle. Mais cette action n'avait de commun avec l'action paulienne, que la nécessité du *consilium fraudis* et de l'*eventus damni*, ou plutôt c'est pour la *restitutio in integrum*, qui était ici le préliminaire forcé de la *rei vindicatio*, et non pas pour cette action même, que ces deux conditions étaient requises (3).

(1) « Ce système, *évidemment*, implique que l'action paulienne est réelle », dit Demolombe, XXV, n. 245 *in fine*. — V. aussi Labbé, *Note* dans S., 82. 2. 145, col. 1 *in fine*; Vigié, II, n. 1256.

(2) V. notamment Ortolan, *Explication historique des Instit.*, III, n. 2084-2085 (12e édit., p. 613).

(3) Accarias, *Précis de dr. romain*, 4e éd., n. 849 et 949, p. 939-940, p. 1194 *in fine*-1196. — Si, dans la suite, ainsi que nous l'avons expliqué au numéro précé-

L'action paulienne, même dans l'opinion de ceux qui voient en elle une action en nullité, est bien différente. Les créanciers qui l'exercent n'invoquent certainement pas un droit réel : en effet, d'une part, aucune disposition légale, aucun principe juridique ne leur confère un droit de cette nature sur la chose aliénée; d'autre part, on ne saurait dire qu'ils s'appuient sur le droit de propriété de leur débiteur, et cela pour deux raisons : D'abord ce droit n'existe plus, puisqu'il a été aliéné; de plus, s'il existait encore, les créanciers ne pourraient l'exercer qu'au nom de leur débiteur; or, dans le cas de l'action paulienne, ils agissent en « leur nom personnel » (1).

Quelques auteurs prétendent que l'action paulienne est, du moins, une action *mixte* (2), ou, comme le dit Larombière, une action *personnelle réelle* (3), car si, dans son principe, elle est personnelle, d'autre part, elle tend à faire restituer la chose aliénée par le débiteur, et permet ainsi de la poursuivre elle-même. Mais ce raisonnement ne fait point apparaître d'élément réel; en effet, pas plus lorsqu'ils auront obtenu la restitution de la chose qu'auparavant, les créanciers demandeurs n'auront sur elle un *jus in re*. L'action révocatoire est donc aussi peu réelle par son but que dans son principe (4).

708. La jurisprudence est divisée sur cette question. La cour d'Amiens, dans une espèce où les appelants soutenaient que l'action paulienne était réelle, tandis que les intimés lui attribuaient le caractère d'action mixte, s'est prononcée dans le premier sens (5).

D'après la cour de Grenoble, l'action paulienne serait « essentiellement mixte » (6).

dent, il y a eu pénétration de la *restitutio in integrum* dans l'action paulienne, il ne s'ensuit pas que celle-ci se confonde aujourd'hui avec l'action réelle, qui, en droit romain, pouvait être intentée après obtention de la *restitutio*.

(1) Laurent, XVI, n. 464; Planiol, II, 1re édit., n. 349, 2e et 3e édit., n. 328. — Quant aux auteurs qui refusent à l'action paulienne le caractère d'action en nullité, il va sans dire qu'ils la qualifient de personnelle. V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 131, 5e édit., p. 218; Demolombe, XXV, n. 146 *bis*.

(2) Proudhon, *Usufruit*, n. 2351.

(3) Larombière, II, p. 251 (art. 1167, n. 45).

(4) Cpr. Demolombe, XXV, n. 146 *bis*, *in fine*.

(5) Amiens, 16 mars 1839, S., 40. 2. 10, D. P., 40. 2. 40, et *Répert. alph.*, vo *Compétence civile*, n. 48.

(6) Grenoble, 2 mars 1875, S., 75. 2. 146, D. P., 77. 2. 208. La cour avait à exa-

La chambre des requêtes a décidé que cette action était « purement personnelle », mais en ajoutant que « ce serait au moins une action mixte » (1). Enfin, dans un arrêt beaucoup plus récent, la chambre civile a affirmé très nettement que l'action paulienne était personnelle (2).

Mais ces diverses décisions, rendues en matière de compétence, ne font guère que formuler une affirmation.

709. Quand le jugement fait droit à l'action paulienne, l'acte frauduleux doit être considéré, au regard des créanciers demandeurs, comme non avenu, et, par suite, toutes les conséquences dommageables qu'il a eues pour eux doivent disparaître (3).

En supposant donc que cet acte soit une aliénation, le bien dont le débiteur s'est frauduleusement dépouillé rentre dans son patrimoine relativement aux demandeurs, qui peuvent, dès lors, le faire saisir et vendre comme les autres choses comprises dans le gage commun. Et même, quant à eux, ce bien est censé n'avoir jamais cessé d'appartenir au débiteur. Ce principe a d'importantes conséquences. Par exemple, les immeubles qui rentrent dans le patrimoine du débiteur par l'effet de la révocation sont immédiatement grevés des hypothèques judiciaires obtenues par les créanciers demandeurs dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la passation de cet acte et l'admission de l'action paulienne, et ces hypothèques

miner la question pour déterminer le tribunal compétent. — On sait que le C. pr. civ. reconnaît des actions *mixtes*. Mais que faut-il entendre par cette expression ? Garsonnet répond avec raison : « Il n'y a pas de droits mixtes, c'est-à-dire à la fois réels et personnels, et c'est s'engager dans une impasse que de chercher les actions mixtes parmi celles qui dériveraient d'un droit en même temps réel et personnel, lequel n'existe pas et ne saurait exister. Je conclus... que l'action mixte est celle où l'on réclame un objet en vertu de deux droits juxtaposés, un droit réel et un droit personnel ». Garsonnet, *Tr. de pr. civ.*, I, 1re édit., p. 517, et 2e édit., I, § 326, p. 550-551. Même en se plaçant à ce point de vue, nous ne voyons pas comment on pourrait justifier l'expression d'action mixte appliquée à l'action paulienne ; où trouver le droit réel qu'elle aurait pour but de faire valoir concurremment avec un droit personnel ?

(1) Req., 27 déc. 1843, S., 44. 1. 122, D., *Répert. alph., eod.* v°, n. 141.

(2) Civ. rej., 30 juil. 1884, S., 85. 1. 77, D. P., 85. 1. 62. — Dans le même sens, Liège, 29 janv. 1838, *Pas.*, 38. 2. 18. — Trib. civ. Carpentras, 28 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. *Suppl.*, 40.

(3) Pau, 17 déc. 1890, D. P., 92. 2. 18. — Civ. cass. (rej. sur ce moyen), 7 mai 1894, S., 98. 1. 510, D. P., 94. 1. 505, *Pand. franç.*, 94. 1. 502 (V. les observations de M. le conseiller Rousselier).

sont réputées les avoir frappés depuis la date des inscriptions prises par les intéressés [1].

Si l'acte frauduleux avait pour objet la constitution d'un droit réel, tel qu'une servitude ou un usufruit sur un des biens du débiteur, ce bien, dans la vente qui en sera faite à la requête des créanciers demandeurs, devra être considéré comme libre de cette charge. Dans l'hypothèse où, au contraire, l'acte annulé consistait dans une renonciation à un droit de cette nature, la révocation produit les effets suivants : s'il s'agit d'un usufruit, les demandeurs pourront en poursuivre la saisie et la vente, et, s'il s'agit d'une servitude réelle, l'immeuble au profit duquel cette servitude existait recouvre, au point de vue de l'adjudication qui en sera faite à leur diligence, la qualité de fonds dominant.

Dans le cas où, par l'acte révoqué, le débiteur avait contracté une dette en fraude de ses créanciers, le tiers envers lequel il s'était obligé est exclu du partage de l'actif.

Il se peut encore que l'acte annulé soit une remise de dette : sa révocation rend alors aux demandeurs le droit de pratiquer une saisie-arrêt et de faire procéder à une distribution par contribution sur le montant de la créance éteinte frauduleusement.

Mais, comme nous l'expliquerons plus loin, l'action paulienne a uniquement pour effet de rétablir le créancier demandeur dans la situation où il se trouvait avant que l'acte frauduleux ait été fait. Elle ne saurait avoir pour résultat de le placer dans une situation plus avantageuse [2].

710. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la révocation résultant de l'admission de l'action paulienne est toute relative. Elle n'a lieu qu'en faveur des créanciers du *fraudator*, non au profit de celui-ci ; car sa fraude ne peut pas être pour lui la source d'un droit ; il ne pourra donc, en aucun cas, se prévaloir de cette nullité à l'égard du tiers avec qui il a traité ; entre lui et ce tiers, le contrat subsiste [3].

(1) Req., 11 nov. 1878, S., 79. 1. 157, D. P., 80. 1. 323. — Bourges, 4 mars 1895, (sol. impl.), D. P., 96. 2. 9.

(2) V. *infra*, n. 720 à 723.

(3) *Sic* Laurent, XVI, n. 494, p. 573 ; Planiol, II, 1re édit., n. 350 et 352, 2e et 3e édit., n. 329 et 331.

711. Ce principe, en supposant que l'acte révoqué est une aliénation, engendre la conséquence suivante : si, une fois que les créanciers demandeurs ont été payés sur le produit de la vente du bien réintégré dans le patrimoine du débiteur, il reste un excédent, c'est au tiers défendeur que cet excédent doit revenir. Le débiteur n'y a aucun droit, et, par suite, ses créanciers autres que les demandeurs ne pourraient pas former une saisie-arrêt sur le reliquat. Cela se comprend facilement : puisque, dans les rapports respectifs du débiteur et du tiers défendeur, le contrat est maintenu, ce tiers est demeuré propriétaire de la chose vendue, et la portion du prix qui n'a pas été absorbée par les créanciers demandeurs lui appartient (1).

712. Mais le tiers défendeur a-t-il le droit de poursuivre contre le débiteur la répétition de la somme qui a servi à payer les créanciers demandeurs ?

Il faut certainement répondre affirmativement si le tiers est un acquéreur à titre onéreux. Dans ce cas, il a incontestablement un recours contre le débiteur, soit que la chose ait été vendue en vertu du jugement d'admission et que le prix ait servi en totalité ou en partie à désintéresser les créanciers qui ont obtenu la révocation, soit que le tiers, pour arrêter l'instance, ou, une fois le jugement rendu, pour empêcher la vente, ait payé de ses deniers les créanciers demandeurs (2).

En est-il de même quand le tiers défendeur est un acquéreur à titre gratuit ? D'après nous, quand son droit résulte d'une donation, il n'a pas, en général, d'action récursoire contre le débiteur, car, en principe, le donateur n'est pas garant de l'éviction envers le donataire. Il n'en serait autrement que si le débiteur s'était engagé à la garantie par une clause du contrat, ou encore s'il avait fait la donation à titre de constitution de dot. Mais, sauf ces exceptions, il faudrait

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 143, 5e édit., p. 236; Larombière, II, p. 264 (art. 1167, n. 57); Demolombe, XXV, n. 269; Laurent, XVI, n. 495, p. 574; Huc, VII, n. 227 *in fine*, p. 306; Planiol, II, 1re édit., n. 352, 2e et 3e édit., n. 331.

(2) Capmas, n. 86; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 143, 5e édit., p. 236; Demolombe, XXV, n. 270; Laurent, XVI, n. 496, p. 574; Huc, VII, n. 227, p. 304. — Cpr. Planiol, *Note sur la nature, les effets et la prescription de l'action paulienne, Rev. crit.*, XXXI (1882), p. 499.

maintenir notre règle pour toutes les donations quelconques (1).

713. Nous en ferons donc l'application même aux libéralités indirectes ou déguisées, car, si ces deux espèces de libéralités sont dispensées des formes solennelles prescrites par les art. 931 et 932, elles demeurent soumises aux règles qui gouvernent les donations quant au fond.

Ainsi, en supposant qu'une renonciation *in favorem* soit révoquée comme faite en fraude des créanciers, le bénéficiaire de cette renonciation ne pourra pas agir contre le renonçant pour obtenir le remboursement des sommes par lui payées aux demandeurs.

714. Cependant la doctrine est partagée sur le point de savoir si, lorsqu'une renonciation à succession est annulée en vertu de l'art. 788, les cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent, qui ont profité de cette renonciation, ont un recours contre le renonçant pour obtenir de lui une indemnité égale à la valeur des biens qui ont servi à payer les créanciers. Même dans ce cas, il convient, à notre avis, de se prononcer pour la négative (2). Mais c'est dans le commen-

(1) *Sic* Demolombe, XXV, n. 271; Garraud, *op. cit.*, p. 206 *in fine*-207; Laurent, *loc. cit.* — *Contra* Huc, VII, *loc. cit.*; Planiol, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1882, p. 500. — Colmet de Santerre accorde en termes absolus au tiers acquéreur le droit de se faire indemniser par le débiteur, et la raison qu'il en donne peut faire supposer qu'il a en vue aussi bien l'acquéreur à titre gratuit que l'acquéreur à titre onéreux. En effet, s'il reconnaît au tiers le droit de demander au débiteur la restitution de la valeur du bien qui avait fait l'objet de l'acte frauduleux, c'est parce que, cet acte n'étant pas annulé dans les rapports du débiteur et du tiers, le bien de celui-ci se trouve avoir servi à payer les dettes de son auteur. V, n. 82 *bis*-XVI. Or, que le tiers ait acquis à titre gratuit ou à titre onéreux, cette proposition est également vraie. Mais on peut objecter avec raison que, précisément, puisque l'acte révoqué conserve sa force entre les parties, le tiers demeure, vis-à-vis du débiteur, dans la situation de donataire, et n'a pas le droit, par suite, d'exercer, en cas d'éviction, un recours en garantie. — V. note dans D., 81. 2. 74, col. 2.

(2) V. dans ce sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, II, 1re édit., n. 2394, 2e édit., n. 1723. — V. aussi Marcadé, III, art. 788, n. 230; Demante, III, n. 100 *bis*-III; Proudhon, *Tr. de l'usufr.*, V, n. 2410; Ducaurroy, Bonnier et Rouslain, II, n. 589; Massé et Vergé, sur Zachariæ, II, p. 315; Le Sellyer, II, n. 709 et 710; Hureaux, II, n. 55 et 56; Demolombe, XV, n. 89, et XXV, n. 272; Laurent, IX, n. 479. — En sens contraire, Duranton, VI, n. 520 *bis*; Toullier, IV, n. 349, note 1; Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 417, note 44; Vigié, II, n. 216; Huc, V, n. 190.

taire du titre des succesions, que l'examen de cette question trouve sa place.

715. C'est donc seulement en faveur des créanciers du *fraudator* que la révocation a lieu; et encore ne profite-t-elle pas à tous indistinctement, mais seulement à ceux qui ont été parties dans l'instance à laquelle a donné lieu l'action paulienne. Cela résulte nécessairement, à notre avis, du caractère purement relatif de la chose jugée. Art. 1351.

Dira-t-on que les créanciers non demandeurs étaient représentés au procès par le débiteur? Cette proposition ne saurait exercer aucune influence sur la solution de notre question. Le débiteur ne pouvant pas, au regard du tiers avec lequel il a traité, se prévaloir de l'annulation de l'acte frauduleux, on ne voit pas comment ses ayants-cause pourraient avoir, sur ce point, un droit qui lui est refusé (1).

Certains auteurs se récrient à cette idée que l'acte incriminé ne serait pas considéré comme annulé au regard de tous les créanciers du même débiteur. Cependant, au point de vue juridique, il n'y a là rien d'extraordinaire! Le caractère purement relatif de la chose jugée est admis sans difficulté dans des hypothèses où il aboutit à des résultats autrement bizarres. Nous faisons allusion avant tout aux questions d'état. Après cela quoi d'étonnant à ce qu'un acte ne soit annulé qu'au profit du créancier qui en a poursuivi l'annulation (2)?

716. Cependant cette solution est vivement contestée par un grand nombre d'auteurs; mais les opposants ne s'entendent pas entre eux. Les uns veulent que la révocation prononcée sur l'action paulienne profite à tous les créanciers du *fraudator* indistinctement : tous seraient admis à venir au marc le franc sur le prix du bien reconquis par l'action paulienne,

(1) V. *infra*, n. 739.

(2) V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 142, texte et note 41, 5e édit., p. 235, texte et note 41; Garraud, *De la déconfiture*, p. 207-210; Pannier, *op. cit.*, p. 268; Huc, VII, n. 226; Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 1re édit., n. 352, 2e et 3e édit., n. 331, et *Note sur la nature, les effets... de l'action paulienne*, *Rev. crit.*, 1882, p. 494. — Poitiers, 16 janvier 1862, joint à Civ. cass., 13 février 1865, D. P., 65. 1. 79. — Bordeaux, 2 juil. 1890, S., 91. 2. 29, D. P., 92. 2. 440. — Rennes, 18 janv. 1892, *Rec. d'Angers*, 1892, 66. — Sol. expr. dans C. civ., arg. art. 965.

même ceux dont la créance est née postérieurement à l'acte frauduleux [1]. D'autres excluent ces derniers, qui, dit-on, n'auraient pas pu intenter l'action et qui, par conséquent, ne doivent pas pouvoir en profiter quand elle a été intentée par d'autres [2]. L'art. 2093 est l'arme commune que les dissidents dirigent contre notre solution. En définitive, nous dit-on, vous arrivez à établir sur les biens que l'action paulienne fait rentrer dans le patrimoine du débiteur un privilège au profit des créanciers qui ont été parties à l'instance, contrairement à l'art. 2093, qui dispose que le prix des biens d'un débiteur se distribue entre tous ses créanciers par contribution, à moins qu'il n'existe au profit de quelques-uns d'entre eux des causes légitimes de préférence. L'objection serait fondée si les biens recouvrés par l'action paulienne rentraient dans le patrimoine du débiteur à l'égard de tous ses créanciers; mais nous venons de dire que, par suite de l'autorité toute relative du jugement qui statue sur l'action paulienne, la révocation de l'acte frauduleux n'a lieu qu'en faveur des créanciers qui ont été parties à l'instance; c'est donc par rapport à eux seulement que les biens aliénés rentrent dans le patrimoine du débiteur; eux seuls peuvent dire que ces biens sont redevenus leur gage, et, par conséquent, on ne viole pas l'art. 2093 en leur attribuant exclusivement le prix, pas plus qu'on ne le viole en payant les créanciers qui ont produit à l'ordre ouvert sur les biens d'un débiteur, à l'exclusion de ceux qui n'y ont pas produit.

717. A nos yeux, Colmet de Santerre, n'a pas beaucoup affaibli l'argument topique que notre opinion tire de l'art. 1351, en disant que les créanciers qui intentent l'action paulienne doivent être considérés comme les mandataires ou tout au moins comme les gérants d'affaires des autres créan-

[1] Duranton, X, n. 594; Solon, *Des nullités*, II, n. 460; Marcadé, IV, n. 501; Taulier, IV, p. 312; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 413; Carette, *Observations*, S., 56. 1. 353-356; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XIII, 82 *bis*-XV; Pont, *Priv. et hyp.*, n. 18; Laurent, XVI, n. 488-490. — Bordeaux, 28 mai 1832, S., 32. 2. 626. — Civ. cass., 12 avril 1836 (sol. implic.), S., 36. 1. 366. — Sol. expr. dans C. civ. Japon, art. 425.

[2] Chardon, *Du dol et de la fraude*, II, n. 280; Larombière, II, p. 268 (art. 1167, n. 62).

ciers [1]. *Mandataires*, ils ne le sont pas, bien évidemment; ils ne pourraient être que mandataires conventionnels ou mandataires légaux; or, pour qu'ils fussent mandataires conventionnels, il faudrait une convention, et, pour qu'ils fussent mandataires légaux, il faudrait un texte, et nous n'avons ni convention ni texte. *Gérants d'affaires*, ils ne le sont pas davantage, car la gestion d'affaires suppose chez le gérant l'intention de gérer l'affaire d'autrui; or on ne peut pas raisonnablement prêter aux créanciers qui intentent l'action paulienne l'intention d'agir tant au nom de leurs co-créanciers qu'en leur nom personnel, puisque cela leur serait préjudiciable. Il faut donc dire qu'ils ont agi exclusivement pour leur compte, et que, par suite, eux seuls peuvent bénéficier du résultat obtenu à l'aide de l'action.

718. Laurent a repris l'argument, et il s'est efforcé, au moyen d'un raisonnement assez subtil, d'établir, sans prononcer les mots de mandat ni de gestion d'affaires, que le créancier demandeur représente les autres : « Les principes » de la chose jugée, dit-il, ne reçoivent pas leur application

[1] Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XIV : « Le droit de gage en vertu duquel » le créancier intente son action n'étant pas individuel, mais collectif, comment » comprendre que la revendication de ce gage puisse donner à celui qui l'intente » un droit exclusif? Le demandeur dans l'action révocatoire *ne prétend pas que* » *l'acte est frauduleux seulement envers lui, mais qu'il l'est par rapport à tous* » *les créanciers*, car, s'il était seul créancier, le débiteur ne serait pas ordinaire- » ment insolvable; *par la nature même de sa prétention, il reconnaît donc qu'il* » *n'agit pas pour lui seul, mais pour d'autres*, et, par conséquent, il se présente » comme le *gérant d'affaires* des autres créanciers, ce qui ne lui permet pas de » repousser ceux-ci en alléguant que le jugement de révocation ne peut pas leur » profiter ». La réponse est bien simple! Si, en fait, le demandeur recueille seul tout le bénéfice de l'annulation de l'acte frauduleux, ce n'est pas parce que l'initiative qu'il a prise de la revendication du gage commun lui a attribué sur celui-ci un droit exclusif, mais parce que les autres créanciers ont négligé de s'associer à cette revendication. Qu'importe que le demandeur soutienne que l'acte est frauduleux par rapport à tous les créanciers? C'est là simplement un fait sur lequel il fonde sa demande, et l'allégation de ce fait ne prouve point que le demandeur ait l'intention de sauvegarder les droits des autres créanciers, ses rivaux. Lorsque (dans le système de la jurisprudence et de certains auteurs) un créancier à terme établit en justice la déconfiture du débiteur pour faire déclarer sa créance exigible par anticipation conformément à l'art. 1188, il se fonde, lui aussi, sur un fait qui existe forcément à l'égard des autres créanciers. Personne, cependant, ne prétendra pour cela qu'il est le gérant d'affaires des autres créanciers à l'effet de faire prononcer la déchéance des termes qui peuvent affecter leurs créances respectives!

» à l'action paulienne, par la raison que le créancier qui » l'intente *ne demande rien en son nom personnel*. Son action » n'est pas, comme on le prétend, une action en dommages-» intérêts; l'art. 1167 nous dit à quoi elle tend : il attaque un » acte que le débiteur a fait en fraude des droits de ses créan-» ciers; il demande que cet acte soit annulé et que la valeur » qui est sortie frauduleusement du patrimoine du débiteur » y rentre, ou, comme le dit Voet, que l'acte frauduleux soit » considéré comme non avenu et que par suite la chose alié-» née soit censée être toujours restée dans le patrimoine du » débiteur; or, si la chose est toujours restée dans le patri-» moine du débiteur, elle a toujours été le gage de tous; donc » tous les créanciers profitent nécessairement de la révocation » de l'acte frauduleux. Comment concilier ce résultat avec le » principe de la chose jugée? Les créanciers ont tous un même » intérêt, c'est d'obtenir la révocation d'un acte qui a été fait » en fraude de tous. Donc il suffit que l'un d'eux agisse, *il » représente les autres par la nature même de l'action;* car » demander l'annulation d'un acte qui a été fait en fraude de » tous les créanciers, *c'est faire une demande qui les intéresse » tous;* les moyens qu'il fait valoir sont ceux que tous les » créanciers invoqueraient, s'ils étaient en cause; car ce n'est » pas contre le demandeur personnellement que l'acte fraudu-» leux a été fait, il a été fait en fraude de tous les créanciers. » De même que l'acte frauduleux a fait sortir le bien du patri-» moine du débiteur, au préjudice de tous les créanciers, de » même la révocation de l'acte doit profiter à tous, en faisant » rentrer la chose dans le gage commun des créanciers. Ce » résultat est en harmonie avec le but de l'action; elle ne tend » pas à avantager le créancier demandeur, il n'y a absolu-» ment aucune raison pour que l'action profite exclusivement » à celui qui l'intente; au contraire, cela serait en opposition » avec le principe d'où dérive l'action; c'est parce que les » biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers » que l'acte qui soustrait un bien de ce gage peut être atta-» qué, s'il est frauduleux; si l'action ne profitait qu'au créan-» cier demandeur, elle irait à l'encontre de son but, elle » priverait les autres créanciers de leur droit de gage, ou

» elle les forcerait à intenter une nouvelle action et à multi-
» plier inutilement des frais qui épuiseraient un patrimoine
» en déconfiture » (1). Nous estimons, comme Laurent, que l'action paulienne est une action en nullité, et non pas une action en dommages-intérêts. Mais, quelle que soit l'opinion pour laquelle on se prononce, le caractère purement relatif des effets de la chose jugée n'en subsiste pas moins, et nous n'admettons pas que le créancier qui intente l'action paulienne, « ne demande rien en son nom personnel ». A coup sûr, en attaquant l'acte frauduleux, il n'a pas l'intention d'être utile aux autres, et il entend bien, au contraire, agir exclusivement en son nom personnel et pour son compte. De plus, nous ne voyons pas comment il représenterait les autres « par la nature même de l'action ». Sans doute le bien que l'acte frauduleux a fait sortir du patrimoine du débiteur, faisait partie du gage commun des créanciers; mais cela prouve simplement qu'il fallait, comme l'a fait le législateur, accorder l'action paulienne à tous les créanciers antérieurs et à chacun d'entre eux. Il ne faut pas dire avec Laurent que demander l'annulation d'un acte fait en fraude des droits des créanciers, c'est former une demande qui intéresse tous ces derniers. Il faut dire que demander cette annulation, c'est former une demande que tous les créanciers ont intérêt à former, ce qui est bien différent. Les moyens que fait valoir le demandeur sont, il est vrai, ceux que tous les autres créanciers invoqueraient, s'ils étaient en cause, et, généralement, en effet, la fraude aura été dirigée contre tous les créanciers sans exception. Mais il n'y a pas lieu d'en conclure que l'annulation de l'acte frauduleux doit profiter nécessairement à tous les créanciers. Elle ne peut pas profiter à ceux au regard desquels elle n'existe pas. D'après Laurent, il n'y a pas de raison pour que l'action profite exclusivement au demandeur. Il fallait dire qu'il n'y a pas de raison pour que les autres créanciers ne puissent pas attaquer le même acte frauduleux; mais, du moment que nous leur reconnaissons cette faculté, l'égalité de situation à laquelle ils ont droit n'est pas

(1) Laurent, XVI, n. 488, p. 566 *in fine*, 567.

violée, puisqu'ils peuvent, eux aussi, s'ils le veulent, reconquérir leur droit de gage sur le bien que l'acte dont il s'agit a fait sortir du patrimoine du débiteur. Ainsi que Laurent le fait remarquer en terminant, la nécessité pour chacun des créanciers d'intenter l'action paulienne sera de nature à multiplier les frais, ce qui aura pour conséquence d'aggraver l'insolvabilité du débiteur. Ce résultat qui ne peut pas se produire en cas de faillite, puisque, dans ce cas, l'action paulienne ne peut être exercée que par le syndic au nom de la masse, aura lieu, nous en convenons, si le débiteur est en déconfiture. Mais cela ne prouve qu'une chose, c'est qu'il est regrettable que le législateur n'ait pas organisé la déconfiture comme il a organisé la faillite (1). Enfin Laurent tombe dans une inconséquence flagrante en décidant que le tiers défendeur à l'action paulienne peut empêcher l'annulation de l'acte frauduleux en payant le créancier demandeur (2). Si ce dernier, comme le prétend Laurent, n'agit pas exclusivement en son nom personnel, si, « par la nature de l'action », il représente les autres créanciers, ne fallait-il pas logiquement en conclure que le tiers défendeur ne peut arrêter l'instance qu'en désintéressant tous les créanciers sans exception ? C'eût été évidemment bien rigoureux, mais en adoptant l'autre solution, Laurent n'a-t-il pas compromis le système qui fait bénéficier tous les créanciers de l'annulation de l'acte attaqué?

718 I. La cour de cassation a eu, dans ces dernières années, à se prononcer sur le cas suivant. Un acte attaqué en vertu

(1) Si la déconfiture était organisée comme la faillite, ou du moins d'une façon analogue, le raisonnement de Laurent serait très juste, car, alors, il y aurait lieu à procédure collective ; mais, dans l'état actuel de notre législation, ce raisonnement manque de base. On peut, nous le reconnaissons, rapprocher la situation faite aux créanciers par l'art. 1167 de celle que leur fait l'art. 808, al. 2. Dans les deux cas le paiement devient pour eux le prix de la course. C'est incontestablement regrettable. Mais, en l'absence d'une réglementation de la déconfiture, il ne peut pas en être autrement. V. *supra*, n. 682.

(2) XVI, n. 491. — La raison que donne Laurent est celle-ci : « *Le préjudice cesse* dès que le débiteur désintéresse le créancier qui agit contre lui ». Mais qu'importe la cessation du préjudice éprouvé par le créancier demandeur si l'action a pour but, comme l'enseigne Laurent, non pas la réparation de ce préjudice, mais la reconstitution, au profit de tous les créanciers, du gage commun, que leur confère l'art. 2092 ?

de la disposition de l'art. 1167 est révoqué. Mais le tiers avec lequel le débiteur a traité déclare accepter à l'égard de tous les créanciers de celui-ci l'annulation de cet acte. Dans ces conditions, d'après la cour suprême, le créancier qui a exercé l'action paulienne ne saurait prétendre toucher toute la somme mise en distribution par suite de ladite révocation.

Dans l'espèce, un notaire avait vendu son office, et, peu de temps après, sa femme avait obtenu sa séparation de biens. Pour la couvrir de ses reprises, le mari avait cédé à sa femme le prix de vente de son office. Un des créanciers du mari fit annuler cette cession comme faite en fraude de ses droits. Au moment où une distribution par contribution allait s'ouvrir sur le montant du prix, la femme déclara renoncer, au profit de tous les créanciers de son mari, à se prévaloir du transport que ce dernier lui avait consenti. Néanmoins le créancier qui avait exercé l'action révocatoire demanda à être colloqué seul, à l'exclusion de tous les autres créanciers du notaire, sur le prix mis en distribution. Le tribunal civil d'Orléans, par un jugement du 2 juin 1900, et la cour d'appel, par un arrêt du 27 avril 1901, repoussèrent sa prétention. Cet arrêt a été déféré à la cour suprême. Mais la chambre des requêtes a rejeté le pourvoi. Nous tenons à faire observer que cette décision n'est nullement contraire à la solution que nous avons admise au numéro 715. Elle n'est pas fondée sur l'effet de l'action paulienne, mais bien sur la renonciation faite volontairement par le tiers défendeur au profit de tous les créanciers. La cour de cassation n'a donc pas résolu la question de savoir si les créanciers non demandeurs peuvent se prévaloir du jugement qui fait droit à l'action paulienne [1].

719. Quand l'acte frauduleux est annulé, la situation du tiers défendeur est réglée d'une façon plus ou moins rigoureuse suivant qu'il a été de mauvaise ou de bonne foi. Cette distinction est fondée sur cette considération que le tiers défendeur de mauvaise foi s'est rendu coupable d'un délit envers les demandeurs, et qu'il doit, par suite, en vertu de

[1] Req., 30 juin 1903, S., 1904. 1. 1:6, D. P., 1904. 1. 623.

l'art. 1382, les indemniser complètement du préjudice qu'il leur a causé. Bien différente est la situation du défendeur donataire de bonne foi. Si les créanciers peuvent agir contre lui, ce n'est pas parce qu'il a encouru une responsabilité envers eux, mais parce qu'il ne doit pas s'enrichir à leurs dépens, même inconsciemment. Il n'est donc tenu que dans la mesure de ce qui subsiste, au moment où il est assigné en vertu de l'art. 1167, de l'émolument que lui avait procuré l'acte attaqué.

L'application de ces principes conduit aux conséquences suivantes, en ce qui regarde le tiers défendeur de mauvaise foi : 1° il n'est pas libéré par la perte de la chose, lorsque cette perte arrive par son fait ou par sa faute, ou lorsqu'il est démontré qu'elle ne serait pas arrivée si la chose était demeurée chez le débiteur. Arg. art. 1302. Pareillement il est responsable de toutes les dégradations survenues dans les mêmes conditions ; 2° en supposant qu'il ait vendu la chose à une personne de bonne foi, c'est la valeur même de cette chose qu'il doit aux créanciers demandeurs, si elle est supérieure au prix de la vente. Si, au contraire, elle lui est inférieure, c'est le prix qu'il est obligé de restituer (1) ; 3° il doit sans distinction tous les fruits et intérêts qu'il a perçus et même ceux qu'il a négligé de percevoir (art. 549, 550, 1378) (2) ; 4° enfin, il peut même être tenu de dommages-intérêts, car sa fraude constitue un délit dont il doit, aux termes de l'art. 1382, réparer toutes les conséquences dommageables (3).

Si le tiers défendeur est de bonne foi, ce qui ne peut se produire que lorsqu'il est un donataire, il faut adopter, sur les mêmes questions, les solutions inverses : 1° dans le cas où la chose a péri ou a été dégradée, fût-ce par son fait, le tiers défendeur ne doit aucune indemnité aux créanciers demandeurs ; 2° s'il a vendu la chose, il n'est tenu que de faire compte aux créanciers du prix de vente, alors même que ce prix serait inférieur à la valeur de la chose ; 3° enfin il fait

(1) Demolombe, XXV, n. 255.

(2) L. 10, § 20, D., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8 ; L. 38, § 4, D., *De usuris*, XXII, 1. — Sol. expr. dans C. civ. argentin, art. 971.

(3) Larombière, II, p. 267 (art. 1167, n. 60) ; Demolombe, XXV, n. 252.

les fruits siens pendant toute la durée de sa bonne foi. Art. 550 (1).

720. Faut il aller jusqu'à dire que le tiers défendeur de mauvaise foi n'a même pas le droit, s'il a payé au débiteur le capital ou les intérêts d'un prix d'acquisition, de se les faire rembourser par les créanciers ou de les déduire sur la valeur de la chose qui faisait l'objet de l'acte annulé? On résout la difficulté par une distinction traditionnelle (2). Le tiers défendeur peut exiger le remboursement ou opérer la déduction si le paiement de son prix a profité aux créanciers demandeurs. Il n'a pas ce droit dans l'hypothèse inverse. Cette distinction est très rationnelle. L'annulation de l'acte frauduleux a pour but d'indemniser les demandeurs, c'est-à-dire de les empêcher de perdre, et non de les mettre, au point de vue de l'importance de leur gage, dans une situation plus avantageuse que si l'acte frauduleux n'avait pas été fait (3).

721. Du principe que nous venons de poser découle cette conséquence que, si le prix payé par le tiers a servi à désintéresser un ou plusieurs créanciers du *fraudator*, ceux qui agissent ensuite en vertu de l'art. 1167 doivent tenir compte au tiers défendeur de l'avantage que leur procure la diminution du nombre des créanciers (4).

722. Dans le même ordre d'idées, il faut décider que, lorsque les juges prononcent la révocation d'un échange d'immeubles par application de l'art. 1167, le coéchangiste du débiteur a, vis-à-vis des demandeurs, le droit de prélever sur la valeur de l'immeuble dont il est évincé le montant du prix de l'immeuble qu'il avait donné en contre-échange, en

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 142, 5e édit., p. 234; Demolombe, XXV, n. 258; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XI *in fine* ; Larombière, II, p. 267 (art. 1167, n. 60); Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Biens*, n. 302. — V. cep. Laurent, XVI, n. 492.

(2) L. 7 et 8, D., *Quæ in fraud. credit.*

(3) *Sic* Demolombe, XXV, n. 256. — Pau, 2 avril 1879 (motifs), S., 82. 2. 145 (note Labbé), D. P., 81. 2. 73 (note anonyme importante). — Cpr. Laurent, XVI, n. 493. — *Contra* Larombière, II, p. 265 (art. 1167, n. 58).

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 142, 5e éd. p. 235 ; Labbé, note précitée, S., 82. 2. 145, col. 2, *in fine*. — Trib. civ. de Béziers, 11 janv. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 214.

supposant que ce prix profite aux demandeurs. Tel serait le cas si, à la suite d'une vente à l'amiable consentie par le débiteur, ce prix avait été délégué à un ou plusieurs de ses créanciers, ou si, à la suite d'une adjudication faite à la requête de ces derniers, le prix dont il s'agit avait fait entre eux l'objet d'un ordre (1).

Le tiers coéchangiste évincé par les demandeurs peut même, à la condition qu'il ait appelé le débiteur dans l'instance, reprendre son immeuble en nature (art. 1707). Mais il n'a pas ce droit s'il n'a pas eu le soin de mettre son débiteur en cause, car les créanciers qui exercent l'action paulienne ne représentent pas le *fraudator*, et, en conséquence, ne peuvent être condamnés à une restitution que le débiteur seul peut faire (2).

723. Par la même raison, dans le cas où le tiers défendeur de mauvaise foi a fait des impenses sur la chose dont il est évincé, les créanciers doivent subir sur la valeur de celle-ci une déduction égale à la plus-value résultant des impenses utiles ou au total du montant des impenses nécessaires (3).

724. Le tiers défendeur a-t-il le droit d'arrêter l'action révocatoire en désintéressant les créanciers demandeurs? Certains auteurs pensent qu'on ne peut pas se prononcer pour l'affirmative si l'on voit dans l'action paulienne une action en nullité (4). Mais, à nos yeux, ces deux solutions ne sont point inconciliables.

L'action paulienne est une action en nullité ; mais elle n'en suppose pas moins un préjudice. L'*eventus damni* est une des conditions essentielles de l'action, et, par conséquent, s'il disparaît, elle n'appartient plus aux créanciers. Dans ce cas, à vrai dire, ces derniers n'ont aucun intérêt à poursuivre

(1) Labbé, note précitée, même page, col. 3 ; D. P., note précitée, p. 73, col. 2. — V. aussi Pannier, *op. cit.*, p. 269.

(2) D. P., note précitée, p. 74, col. 1. — Cpr. l'arrêt de Pau précité. — Quand l'acte révoqué est un acte d'échange portant sur deux immeubles, le coéchangiste du débiteur a le droit de reprendre l'immeuble qu'il avait donné en échange, libre et affranchi de toutes hypothèques le grevant du chef du débiteur. — Toulouse, 30 janv. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 1. 314.

(3) Demolombe, XXV, n. 253. — V. aussi Pannier, *loc. cit.*

(4) V. notamment Vigié, II, n. 1256, p. 565.

l'instance. Or il faut avoir un intérêt non seulement pour introduire une action, mais encore pour la continuer [1].

Pourquoi le défendeur à l'action paulienne ne pourrait-il pas arrêter celle-ci en désintéressant les demandeurs? Lorsqu'un partage est attaqué pour lésion de plus du quart, les défendeurs ne peuvent-ils pas éviter la rescision en fournissant au demandeur le supplément de sa part héréditaire? De même le défendeur à une action en rescision d'une vente immobilière pour lésion de plus des sept douzièmes n'a-t-il pas le droit d'en arrêter le cours en payant le supplément du juste prix?

Dira-t-on que ces deux dernières solutions ont été consacrées par des dispositions formelles, celles des art. 891 et 1681, tandis que, dans notre hypothèse, il n'y a pas de texte? L'objection serait sans valeur. Les art. 891 et 1681 ont été écrits, non pas pour rendre ces solutions possibles (car elles ne sont que des applications d'un principe de droit commun), mais pour régler certains points qui auraient pu faire difficulté si le législateur ne s'était pas expliqué à leur égard [2]. L'art. 891 porte, en effet, que les défendeurs à la demande en rescision du partage sont admis à faire maintenir celui-ci en payant le supplément soit *en numéraire*, soit en nature [3]. Et, aux termes de l'art. 1681, lorsqu'une vente d'immeuble est entachée d'une lésion de plus des sept douzièmes, l'acheteur n'a pas besoin, pour empêcher la rescision, de payer l'intégralité du supplément du juste prix, mais seulement ce supplément *sous la déduction du dixième du prix total*. Voilà évidemment des particularités pour lesquelles une disposition expresse était indispensable. Mais le principe même que l'on peut arrêter une action en désintéressant celui qui l'exerce va

(1) Laurent, XVI, n. 491, p. 470. — Cpr. Larombière, II, p. 228 (art. 1167, n. 19). — Quant aux auteurs pour lesquels l'action paulienne est une action en dommages-intérêts, il va sans dire qu'ils reconnaissent au défendeur le droit d'arrêter l'instance en désintéressant les demandeurs. V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 132, 5e édit., p. 219.

(2) Laurent, X, n. 503, p. 541, et XXV, n. 446, p. 439.

(3) Quelques-uns de nos vieux auteurs refusaient aux défendeurs le droit de payer le supplément en numéraire. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, 1re édit., n. 4657, 2e édit., n. 3551.

de soi, et, par suite, il est applicable aussi bien dans notre hypothèse que dans les cas prévus par les art. 891 et 1681.

724 I. Lorsque, pour conserver la chose par lui acquise, le défendeur à l'action paulienne désintéresse le créancier demandeur, il peut, si le débiteur devient plus tard solvable, exercer un recours contre lui pour obtenir le remboursement de la somme qu'il a payée. Dans l'hypothèse, en effet, c'est avec le bien du défendeur que la dette se trouve avoir été acquittée (1).

Il en est évidemment de même quand le défendeur, pour arrêter l'action paulienne, a délaissé la chose que lui avait fait acquérir l'acte attaqué; la raison de décider est la même (2).

725. Les créanciers au préjudice desquels un acte frauduleux a été passé peuvent incontestablement renoncer à l'action paulienne, le droit qu'ils abdiquent en pareil cas n'ayant nullement un caractère d'intérêt public.

De plus, conformément aux principes généraux, cette renonciation peut être tacite. Mais cela suppose essentiellement que l'acte d'où on prétend l'induire ne peut pas s'expliquer autrement que par l'intention de renoncer à l'action. Il ne suffit pas, par exemple, que des créanciers fassent une saisie-arrêt sur le prix d'une vente consentie par leur débiteur où qu'ils exercent l'action hypothécaire contre l'acquéreur, pour qu'ils cessent d'être recevables à demander la révocation de ce contrat en vertu de l'art. 1167 (3).

V. *Durée de l'action paulienne* (4).

726. L'action paulienne est une action en nullité, nous l'avons déjà dit. Cela posé, on pourrait être tenté de lui appli-

(1) Mourlon, II, n. 1184.

(2) Mourlon, *loc. cit.*

(3) Larombière, II, p. 255 (art. 1167, n. 50 51); Demolombe, XXV, n. 238; Laurent, XVI, n. 463, p. 537. — Bourges, 24 janv. 1828, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 152. — Bordeaux, 17 août 1848, S., 49. 2. 46, D. P., 49. 2. 61. — Aix, 30 janv. 1871, D. P., 71. 2. 233.

(4) En droit romain, l'action paulienne devait être exercée dans le délai d'une année utile, L. 1, L. 6, § 14, L. 18, D., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8; L. ult. C., *De rev. his quæ in fraud. cred.*, VII, 75. Il en était ainsi, d'ailleurs, en général, pour les autres actions prétoriennes délictuelles.

quer la disposition de l'art. 1304, al. 1, ainsi conçu : « Dans » tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une con- » vention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi » particulière, cette action dure dix ans ». Et, si l'on examine superficiellement la question, il peut sembler, en effet, que les motifs de l'art. 1304, al. 1, existent quant à la prescription de l'action paulienne, car, d'une part, cette action nécessite une preuve compliquée dont les éléments sont susceptibles de dépérir promptement, et, d'autre part, l'intérêt public, non moins que l'intérêt privé, exige que la validité d'une convention ne puisse pas être longtemps attaquée. Mais, en supposant qu'on soit dans les termes de ce texte (qui constitue une disposition exceptionnelle), lorsque l'action paulienne est dirigée contre une *convention,* on ne s'y trouverait certainement plus lorsqu'elle est dirigée contre un autre acte, une renonciation par exemple, et cependant il ne paraît pas possible d'appliquer la prescription de l'art. 1304 dans un cas et une prescription différente dans les autres. La vérité est que cet article est tout à fait étranger à l'action paulienne. Ses termes prouvent qu'il se préoccupe d'une action en nullité intentée par les parties contractantes elles-mêmes : ce qui exclut le cas de l'action révocatoire, qui est exercée par les créanciers agissant comme tiers. La prescription de l'art. 1304 est fondée, comme on le verra plus tard (1), sur une ratification tacite; or, en ce qui regarde l'action paulienne, il est impossible de donner ce fondement à la prescription. L'art. 1304 n'est donc pas applicable (2).

(1) V. notre tome III, n. 2025.

(2) *Sic* Civ. rej., 9 janv. 1865, S., 65. 1. 65, D. P., 65. 1. 19. — Paris, 24 mars 1891, joint à Civ. cass., 7 mai 1894, S., 98. 1. 510, D. P., 94. 1. 505, *Pand. fr. pér.*, 94. 1. 502. V. les observations de M. le conseiller Rousselier. — Planiol, II, 1re édit., n. 354, 2e et 3e édit., 333. — V. aussi les auteurs cités en note sous le numéro 729. — *Contra* Duranton, X, n. 585; Taulier, IV, p. 314; Vazeille, *Des prescriptions*, n. 534. — Colmar, 17 fév. 1830, S., 31. 2. 86, D. P., 31. 2. 93. — Lorsque M. Planiol enseignait que l'action paulienne était une action en réparation du préjudice causé, il soutenait que, logiquement, si on reconnaissait à cette action le caractère d'action en nullité, on devait lui appliquer la prescription décennale, *Rev. crit.*, XXXI (1882), p. 501 *in fine* et 502. Son principal argument était le suivant : Le premier alinéa de l'art. 1304 est conçu en termes généraux : « *Dans tous les cas* où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est

727. S'il s'agit d'une donation d'immeuble, le tiers défendeur, — que ce soit l'acquéreur primitif ou un sous-acquéreur, — ne pourra en aucun cas, malgré sa bonne foi, opposer la prescription établie par l'art. 2265. Cette prescription spéciale suppose, en effet, que l'immeuble a été acquis *a non domino,* et elle constitue un moyen de défense contre l'action en revendication intentée par le véritable propriétaire. Dans le cas de l'action paulienne, la situation est toute différente. Celui qui invoque la prescription a acquis *a domino;* il n'a donc jamais eu besoin d'acquérir la propriété par la prescription; l'action qu'il repousse n'est pas l'action en revendication. Qu'on admette avec nous qu'elle est une action en nullité ou, avec d'autres auteurs, qu'elle est une action en dommages-intérêts, dans les deux opinions, il ne peut pas être question de prescription acquisitive.

D'ailleurs, à quoi servirait à l'acquéreur de répondre qu'il est devenu propriétaire par la prescription ? Les créanciers

pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans ». Rien n'autorise donc à dire, comme on le fait généralement, que ce texte concerne exclusivement les actions en nullité formées par l'une des parties contractantes. Cette conclusion était fort contestable. Si le texte précité ne distingue pas, le fondement de la prescription spéciale qu'il établit prouve assez qu'elle est étrangère aux actions en nullité exercées par les tiers. Cette prescription, nous l'avons dit, repose sur l'idée de ratification tacite. Lorsque, pendant dix ans, les parties s'abstiennent d'attaquer les conventions annulables, le législateur suppose qu'elles ont l'intention de les confirmer : « Le temps de dix années a été regardé comme le plus long délai dont une *partie* puisse avoir besoin pour recourir à la justice », dit Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*. — Locré, XII, p. 390, n. 173, Fenet, XIII, p. 287. — On voit qu'il n'est pas question des tiers. A leur égard, il n'y a pas de raison pour écarter la prescription trentenaire. Comment, en effet, pourraient-ils être réputés avoir ratifié la convention, c'est-à-dire avoir supprimé le vice qui la rendait annulable ? M. Planiol essayait de corroborer son argument en invoquant la disposition de l'art. 225. L'action en nullité, lorsqu'un acte a été fait par une femme mariée non autorisée, est accordée non seulement à celle-ci, mais encore au mari. Celui-ci est un tiers, faisait observer notre savant collègue. Cependant, même quant à lui, l'action ne dure que dix ans. — Mais on pouvait répondre que le mari est dans une situation particulière, et, ce qui le prouve bien, c'est que son silence prolongé pendant dix ans peut être considéré très rationnellement comme suppléant au défaut d'autorisation, en d'autres termes comme constituant une ratification tacite. Or, nous l'avons dit, si, en général, la prescription décennale n'est pas admise à l'égard des tiers, c'est parce que, de leur part, une ratification tacite ne se conçoit pas. — V. notre tome III, n. 2037, dern. al.

seraient en droit de lui répliquer que sa qualité de propriétaire ne peut pas le mettre à l'abri de leurs poursuites, puisqu'ils prétendent, non pas que cette qualité lui fait défaut, mais bien qu'elle résulte pour lui d'un acte accompli par leur débiteur en fraude de leurs droits. Il nous faut, en conséquence, écarter ici l'application de l'art. 2265, comme nous avons écarté celle de l'art. 1304 (1).

728. De même, quand la donation attaquée a pour objet une chose mobilière, le donataire, nonobstant sa bonne foi, ne peut pas se prévaloir de la disposition de l'art. 2279. Le législateur, dans cette disposition, a établi, quant aux meubles, un équivalent de la prescription acquisitive. Quelques auteurs disent même qu'il a institué, en ce qui concerne ces biens, une prescription acquisitive instantanée (2). Quoi qu'il en soit, l'art. 2279, lui aussi, donne aux personnes qui ont acquis *a non domino* le moyen de triompher de la revendication. Il n'a pas pour but de permettre aux acquéreurs de meubles de repousser une action toute différente, celle par laquelle les créanciers de leur auteur poursuivent la nullité de l'aliénation qui leur a été consentie.

729. Ainsi il reste, pour toutes les hypothèses, la prescription de droit commun, celle de trente ans. Art. 2262 (3). C'est donc elle qui devra être appliquée (4). Au surplus, si l'on assignait une autre durée à l'action paulienne, on introduirait dans la matière un système disparate. Il n'est pas douteux que, dans la plupart des cas, la tierce opposition est

(1) Planiol, II, 1re édit., n. 355, 2e et 3e édit., n. 334.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.*, n. 830-834.

(3) D'après Toullier, la question devrait être résolue aujourd'hui comme dans notre ancienne jurisprudence, et, par suite, il faudrait décider que, la loi ne fixant pas de délai pour l'exercice de l'action paulienne, il appartient aux juges d'apprécier si, vu le temps écoulé depuis la passation de l'acte attaqué, le soupçon de fraude est détruit, VI, n. 356. Cette opinion est évidemment inadmissible à raison de ses inconvénients pratiques, et, au surplus, elle est inconciliable avec les termes absolus de l'art. 2262.

(4) Aux termes de l'art. 426 du C. civ. japonais : « Le droit d'annulation (des actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers) s'éteint par prescription, si les créanciers ne l'ont pas exercé dans les deux ans à compter du moment où ils ont découvert la cause de l'annulation. Il en est de même lorsque vingt ans se sont écoulés depuis le moment où l'acte a été fait ». *Traduct.* Motono et Tomii, p. 105.

soumise à la prescription trentenaire. Or qu'est-ce que la tierce opposition, si ce n'est, comme nous l'avons expliqué, l'action paulienne appliquée aux jugements ? (1).

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 503; Capmas, n. 79; Proudhon, *Usufruit*, V, n. 2401 s.; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*-XVII, 82 *bis*-XIX; Demolombe, XXV, n. 240-244; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 144, texte et note 41, 5e édit., p. 238, texte et note 44; Laurent, XVI, n. 467-469; Garraud, *op. cit.*, p. 210; Vigié, II, n. 1258; Huc, VII, n. 229; Planiol, II, 1re édit., n. 353, 2e et 3e édit., n. 332. — Paris, 11 juil. 1829, S., IX, 2. 299, D., *Rép. alph.*, vo *Dispositions entre vifs*, n. 2275 (sous Req., 24 mai 1830, à la note). — Toulouse, 15 janv. 1834, S., 34. 2. 298. D., *Rép. alph.*, vo *Prescr.*, n. 844. — Riom, 3 août 1840, S., 41. 1. 16. — Bordeaux, 6 avril 1843, S., 43. 2. 422, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2880-1o. — Nancy, 25 juil. 1868, S., 69. 2. 86. — V. aussi *supra*, les arrêts cités en note sous le n. 726. — Cpr. Larombière, II, p. 260 (art. 1167, n. 54). D'après ce dernier auteur, lorsqu'il s'agit d'une donation immobilière que le débiteur a faite en fraude des droits de ses créanciers, la situation est la suivante : « En réalité, s'il n'est pas absolument vrai de dire qu'il (le débiteur) aliène la chose d'autrui, il est vrai du moins qu'il aliène une chose dont il n'avait pas la libre disposition, de la façon vicieuse dont il s'y est pris pour en disposer. D'autre part, que font les créanciers en poursuivant la révocation de l'acte? Ils réclament des droits et des actions indûment aliénés et transmis, contre un possesseur sans droit. Cette fiction de l'existence d'un droit réel, dans les mains des créanciers, sur les choses frauduleusement aliénées par leur débiteur, fait évidemment le principe et la base de l'action paulienne Car, autrement, les créanciers, n'ayant aucun droit de suite, n'auraient aucune action en révocation. Supposons donc qu'il s'agisse d'un immeuble corporel ou incorporel. Ils se trouvent exactement, en ce qui les concerne, dans la position d'un tiers revendiquant sa chose indûment aliénée *a non domino* ». II, p. 261. Mais toutes les précautions de langage employées par Larombière ne peuvent faire que l'acquéreur qui tient son droit du véritable propriétaire ait besoin d'acquérir la propriété par la prescription, ni qu'une action en nullité soit une action en revendication. D'ailleurs, par une étrange contradiction dont il n'a pu se dissimuler la gravité, le même auteur refuse à l'acquéreur primitif ou au sous-acquéreur, s'il s'agit de la donation d'un meuble, le droit d'invoquer la disposition de l'art. 2279. Et, à l'appui de cette dernière solution, il donne le motif suivant : « Si, en effet, l'action révocatoire est donnée contre un donataire de bonne foi, alors elle a pour but principal de l'empêcher de faire un bénéfice là où les créanciers du donateur sont frauduleusement en perte ». II, p. 262. Mais ne peut-on pas en dire autant lorsque la donation attaquée a pour objet un immeuble? Dans les deux hypothèses, la raison de décider est la même : le donataire de bonne foi est devenu propriétaire au moment même du contrat, et il a pour adversaires, non pas le véritable propriétaire, mais les créanciers de son auteur qui agissent en leur nom personnel.

Laurent, qui, sur la plupart des points que nous venons d'examiner, raisonne comme nous l'avons fait, enseigne cependant que, lorsque l'action paulienne est dirigée contre un sous-acquéreur, celui-ci peut invoquer la disposition de l'art. 2265 et celle de l'art. 2279. C'est que, d'après cet auteur, l'action dirigée par les créanciers contre le sous-acquéreur, donataire de bonne foi, est une revendication : « Les créanciers, après que l'acte frauduleux est annulé et que la chose est rentrée dans

730. Quant au point de départ de la prescription, il est indifférent que le créancier n'ait eu connaissance de la fraude que plus ou moins longtemps après que l'acte attaqué a été fait. Dans tous les cas, c'est à compter de la date même de cet acte que la prescription commence à courir. L'art. **2262** ne renferme, en effet, aucune disposition analogue à celle du deuxième alinéa de l'art. **1304**. Aussi s'accorde-t-on à décider que la prescription trentenaire court du jour même où l'action a pris naissance (1).

APPENDICE

DE L'ACTION EN DÉCLARATION DE SIMULATION

731. Nous tenons à placer immédiatement après l'étude de l'action paulienne celle de l'action en déclaration de simulation. Il est, en effet, très important d'établir une opposition entre ces deux actions, afin de prévenir le retour des confusions qui se sont trop souvent produites à leur sujet dans la jurisprudence (2). Cependant, nous devons le dire, les arrêts les plus récents posent très nettement le principe de cette distinction, et, suivant toutes les vraisemblances, elle est

le patrimoine de leur débiteur, la réclament, contre le tiers possesseur, *non plus en leur nom personnel*, ils agissent *au nom du débiteur*, ils revendiquent ». Laurent prévoit qu'on lui fera l'objection suivante : Le débiteur a aliéné la chose ; il a donc cessé d'en être propriétaire, et ses créanciers ne peuvent pas exercer en son nom une action en revendication qui ne lui appartient plus. Mais il répond qu'en vertu d'une fiction, la révocation de l'acte attaqué fait rentrer la chose dans le patrimoine du débiteur et que, par suite, les créanciers peuvent, au nom de ce dernier, la revendiquer contre le tiers possesseur, XVI, n. 470. Cette solution n'est qu'une conséquence de la doctrine que Laurent enseigne relativement au sous-acquéreur et d'après laquelle le droit de celui-ci serait résolu par cela seul que l'action paulienne réussirait contre le premier acquéreur. Il est évident que les arguments que nous avons présentés en vue de réfuter cette doctrine peuvent être également invoqués contre la solution que nous venons de rapporter. V. *supra*, n. 667.

(1) Capmas, n. 80; Demolombe, XXV, n. 242; Marcadé, Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Vigié et Huc, *loc. cit.*

(2) Arrêts où l'action en déclaration de simulation est confondue avec l'action paulienne. Toulouse, 1er déc. 1837, S., 38. 2. 500, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 499-4°. — Req., 25 janv. 1847, D., 47. 4. 342. — Nîmes, 18 déc. 1849, S., 50. 2. 164, D. P., 52. 2. 122. — Civ. cass., 2 fév. 1852, S., 52. 1. 234, D. P., 52. 1. 49. — Rennes, 16 fév. 1865, S., 67. 2. 45.

aujourd'hui définitivement reconnue, aussi bien par les tribunaux (1) que par les auteurs (2).

(1) V. notamment Req., 16 mars 1887, S., 90. 1. 301. On lit dans cet arrêt : « Attendu que les art. 1167 C. civ. et 684 C. proc. ne sont applicables qu'aux actes destinés, dans la commune intention des parties, à recevoir une exécution conforme aux énonciations qu'ils renferment; mais que ces articles ne sauraient être invoqués, alors qu'il s'agit d'actes fictifs et qui n'ont d'autre but que de tromper, par leur apparence mensongère, ceux à qui ils pourraient être opposés ». On verra toutefois que la distinction doit être faite même quand les actes simulés n'ont pas été passés dans cette intention. — Signalons aussi d'une façon particulière un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, du 5 mars 1896. Voici en quels termes cette importante décision met en contraste l'action en déclaration de simulation avec l'action paulienne : « Attendu que si une telle demande (une demande en déclaration de simulation) a de frappantes analogies avec l'action paulienne, elle se distingue pourtant de celle-ci par quelques traits essentiels; qu'ainsi, à la différence de l'action paulienne proprement dite, l'action en déclaration de simulation peut être exercée par les créanciers même postérieurs aux actes prétendus fictifs et sans qu'ils aient à justifier que ces actes ont eu pour conséquence l'insolvabilité du débiteur; que, pour apprécier le mérite d'une pareille action, il n'y a pas lieu de distinguer si l'acte est à titre gratuit ou à titre onéreux, si le tiers contractant est ou non complice de la fraude, un acte fictif impliquant nécessairement la participation à la fraude de toutes les parties contractantes ». *Rec. de Bordeaux*, 96. 1. 241. — La même cour, dans une décision un peu postérieure, a, de nouveau, établi cette opposition en termes catégoriques et a relevé une autre différence entre les deux actions : « Attendu que l'action qui a pour objet de faire établir un acte fictif et simulé ne saurait être confondue avec l'action paulienne; qu'elle peut être formée par des créanciers même postérieurs à l'acte attaqué, et sans qu'ils aient à justifier que l'acte a amené ou aggravé l'insolvabilité du débiteur... Attendu, d'autre part, qu'*il est loisible, même aux parties contractantes, d'attaquer un acte pour cause de simulation.....* » Bordeaux, 4 juin 1896. *Pand. franç.*, 97. 2. 21. — V. encore Lyon, 28 fév. 1884, S., 85. 2. 129, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 376, note 1. — Trib. civ. Lyon, 25 nov. 1891, et, sur appel, Lyon, 2 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 104. — Trib. civ. Apt, 17 avril 1894, *Mon. jud. Midi*, 10 juin 1894. — Montpellier, 11 juill. 1895, *Mon. jud. Midi*, 1er déc. 1895; 1er fév. 1897, *Mon. jud. Midi*, 14 mars 1897; 15 fév. 1897, *Mon. jud. Midi*, 4 avril 1897; 1er mai 1897, *Mon. jud. Midi*, 6 juin 1897. — V. aussi cour d'appel mixte d'Alexandrie, 12 mai 1898, *Jurispr. des trib. de la réforme*, XXII, 289. — Cpr. Bourges, 18 juill. 1892, S., 93. 2. 210. — V. aussi les arrêts de cours italiennes cités par Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 4e édit., II, p. 438, note 1.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 146, texte et note 49, 5e édit., p. 240-241, texte et note 49; Larombière, II, p. 273-277 (art. 1167, n. 63); Demolombe, XXV, n. 235-236; Laurent, XVI, n. 497-499; Vigié, II, n. 1260-1263; Huc, VII, n. 230-231; Varambon, *Actes simulés ou frauduleux, Droits des créanciers, Rev. prat. de dr. franç.*, III, 1857, p. 347-356; Benjamin Milhaud, *De la simulation dans les actes juridiques* (thèse pour le doctorat, Montpellier, 1889), p. 206-216; Eugène Cazal, *Etude th. et prat. sur les actes simulés* (thèse pour le doctorat, Montpellier, 1897), p. 67-85, n. 91-118. — V. aussi Bartolini, *Atto simulatto, atto fraudolento, Legge*, 77. 3. 259 s.; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 4e éd., II, n. 368-369, p. 436-438; Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, I, n. 109.

Elle est, d'ailleurs, expressément faite par plusieurs codes civils étrangers, notamment par le Code civil du Portugal (1), par celui du Mexique (2), par celui de la République Argentine (3).

Toutes les personnes intéressées, par conséquent les parties contractantes elles-mêmes, peuvent demander à la justice de constater l'inexistence d'un acte simulé (4). Mais, du moins en général, nous n'envisagerons ici l'action en déclaration de simulation que dans l'hypothèse où elle est exercée par les créanciers de l'un des contractants, car c'est seulement si nous nous plaçons à ce point de vue que nous avons à distinguer cette action de l'action paulienne.

Quelle est, dans cette hypothèse, la situation que suppose l'action en déclaration de simulation? Une personne feint de passer un acte qui, s'il était réel, diminuerait le gage commun de ses créanciers. Cet acte n'étant que simulé, le bien qu'il semble avoir pour objet demeure dans le patrimoine du débiteur, et il continue à y figurer dans les mêmes conditions. Les créanciers conservent donc le droit de le faire saisir. Mais comme, en apparence, ce bien n'est plus compris dans le gage commun, ils ont intérêt à faire constater la situation réelle. Tel est le but de l'action en déclaration de simulation (5). On peut donc la définir : l'action qui tend à

(1) Part. II, liv. II, tit. I, chap. XI, *Des actes et des contrats passés au préjudice des tiers* (art. 1030-1045).

(2) Liv. III, tit. V, chap. III, *Des contrats faits en fraude des créanciers* (art. 1683-1699).

(3) Liv. II, tit. II, chap. I, *De la simulation des actes juridiques* (art. 955-960), et chap. II, *De la fraude dans les actes juridiques* (art. 961-972).

(4) L. 54, D., *De oblig. et act.*, LIV, 7 : « *Contractus imaginarii*, dit Modestin, *etiam in emptionibus, juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate* ». — V. notamment Req., 16 nov. 1859, S., 60. 1. 266, D. P., 60. 1. 167. — Aix, 25 janv. 1871, S., 71. 2. 264, D. P., 71. 2. 52. — Civ. cass., 25 avril 1887, S., 87. 1. 149, D. P., 87. 1. 397. — Req., 6 juin 1887, S., 87. 1. 367, D. P., 87. 1. 327. — V. cependant Chambéry, 6 mai 1861, D. P., 61. 5. 328. — Mais, ainsi qu'on le verra, les règles qui gouvernent la preuve sont différentes suivant que la simulation est alléguée par les parties contractantes ou par des tiers. V. *infra*, n. 737.

(5) « Une telle action, dit la cour de Lyon, a pour but, non pas en réalité de faire rentrer un bien dans le patrimoine du débiteur, mais plutôt de faire déclarer qu'il n'en est jamais sorti et qu'il y existe toujours ». Lyon, 28 fév. 1884, précité.

faire déclarer par justice qu'un acte n'est qu'apparent, soit en totalité, soit en partie.

732. On remarquera que, par cette action, les créanciers font uniquement constater qu'un certain élément dépend du patrimoine de leur débiteur. Peut-être, au moment où ils l'exercent, se proposent-ils de saisir le bien dont il s'agit dès que sa présence dans le gage commun aura été judiciairement constatée. Mais il se peut aussi qu'ils n'aient pas pris de décision à cet égard ou même qu'ils aient l'intention de ne pas pratiquer de saisie jusqu'à nouvel ordre et qu'ils veuillent simplement que la consistance du gage commun soit, à tous événements, dès à présent manifeste. Cela revient à dire que l'action en déclaration de simulation ne se présente pas nécessairement comme le préliminaire de l'exécution forcée, surtout comme son préliminaire immédiat. Envisagée en elle-même, elle a exclusivement le caractère conservatoire (1).

733. Ces notions nous permettront de distinguer l'action paulienne de l'action en déclaration de simulation. La première a pour but de réintégrer dans le gage des créanciers un élément qui en est sorti par l'effet d'un acte frauduleux; la seconde a pour but de démontrer qu'à raison du caractère purement fictif d'un certain acte, un bien qui semble être sorti de ce gage commun n'a pas cessé d'en faire partie. L'acte attaqué au moyen de l'action paulienne existe réellement. Celui contre lequel l'action en déclaration de simulation est dirigée n'existe qu'en apparence (2).

Cette différence en engendre plusieurs autres, qui sont toutes fort importantes : 1° Tandis que l'action paulienne ne peut être exercée que par les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux, l'action en déclaration de simulation appartient à tous les créanciers sans distinction. Si les créanciers postérieurs à l'acte attaqué ne sont pas recevables à intenter

(1) Cpr. Huc, VII, n. 231.

(2) Larombière, II, p. 275 *in fine* (art. 1167, n. 63); Demolombe, XXV, n. 235; Laurent, XVI, n. 497-498, p. 576. — *Adde* Bartolini, *op. cit.*, Legge, 77. 3. 259; Giorgi, *op. cit.*, 4e édit., II, p. 437; Lomonaco, *op. cit.*, I, n. 109, p. 527. — Poitiers, 17 août 1854, D. P., 55. 2. 99. — Dijon, 4 juil. 1904, *Gaz. des Trib.*, 1904, 1er sem., 2. 18.

l'action paulienne, c'est parce qu'ils n'ont pas souffert de cet acte. Le bien dont le débiteur a disposé frauduleusement n'a jamais été leur gage, puisqu'il ne figurait plus dans le patrimoine du débiteur quand celui-ci a traité avec eux. D'ailleurs l'acte frauduleux ne fait aucun obstacle à la réalisation des divers éléments qui répondent du paiement de leurs créances. Au contraire, dans l'action en déclaration de simulation, si les créanciers postérieurs à l'acte peuvent faire prononcer sa nullité ou plutôt son inexistence, c'est parce qu'il leur nuit tout aussi bien qu'aux créanciers antérieurs. En effet, quand leurs créances sont nées, le bien qui a fait l'objet de l'acte simulé dépendait encore, nonobstant les apparences, du patrimoine du débiteur, et, en conséquence, il est devenu, comme les autres biens de celui-ci, le gage des nouveaux créanciers. L'acte fictif empêche donc ces derniers de bénéficier du droit que leur confère l'art. 2093, et ils sont admis, par suite, à faire déclarer l'inexistence de cet acte (1).

Toutefois, nous devons faire ici une remarque : Nous avons admis que, par exception à la règle générale, l'action paulienne est accordée aux créanciers postérieurs à la passation de l'acte attaqué, lorsque la fraude a été organisée en vue de nuire aux personnes qui contracteraient dans la suite avec le débiteur. Cette solution a été consacrée par plusieurs arrêts, notamment par un arrêt de la cour suprême (2), au sujet duquel Demolombe s'exprime ainsi : «... Un arrêt de la cour de cassation, du 2 février 1852, décide que les créanciers pos-

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 146, texte et note 49, 5e édit., p. 240-241, texte et note 49; Larombière, Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, XVI, n. 497; Huc, VII, n. 231 ; Varambon, *op. cit., Rev. prat. de dr. franç.*, III (1857), p. 354, n. 11; Planiol, II, 1re édit., n. 1259-2°, 2e et 3e édit., n. 1203-2°. — Bourges, 14 août 1844, D. P., 46. 2. 226. — Poitiers, 17 août 1854, D. P., 55 2. 99. — Lyon, 27 juin 1874, D. P., 77. 2. 199. — Lyon, 28 fév. 1884, précité. — Trib. civ. de Lyon, 25 nov. 1891, jugement confirmé par simple adoption des motifs le 2 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 104. — Grenoble, 19 fév. 1892, D. P., 93. 2. 475. — Bordeaux, 5 mars 1896 et Dijon, 4 juil. 1904, précités. — C'est surtout à propos de cette question que la jurisprudence a confondu l'action en déclaration de simulation avec l'action paulienne. Elle a plusieurs fois dénié à des créanciers postérieurs à la passation d'un acte le droit de le faire déclarer simulé. V. notamment Toulouse, 1er déc. 1837, Nîmes, 18 déc. 1849, et Rennes, 16 fév. 1866, précités.

(2) Civ. cass., 2 fév. 1852, S., 52. 1. 234, D. P., 52. 1. 49.

térieurs peuvent faire révoquer un acte dans lequel la fraude a été *concertée précisément pour tromper ceux qui viendraient à contracter ultérieurement avec le débiteur*. Cela est sans aucun doute. *Mais dans quels cas un acte pourra-t-il être attaqué par les créanciers postérieurs,* c'est-à-dire par ceux qui contracteraient postérieurement avec celui qui l'a consenti ? *C'est lorsque cet acte sera simulé, et que les valeurs qui en font l'objet ne seront pas sorties de son patrimoine ;* telle était, en effet, l'espèce de l'arrêt, qui, bien rendu en fait, aurait été, suivant nous, mieux motivé en droit, s'il avait décidé que l'antériorité des créances, qui est la condition nécessaire de l'action paulienne, n'est pas exigée pour la simple action en déclaration de simulation » (1). Nous croyons avec Demolombe que, dans l'espèce, il s'agissait, en effet, d'une action en déclaration de simulation ou plutôt que l'acte dont on poursuivait la révocation était en partie fictif. Mais, selon nous, l'éminent jurisconsulte a tort de dire que les créanciers postérieurs ne peuvent faire annuler un acte passé en vue de les tromper que s'il a le caractère d'acte simulé. C'est confondre deux hypothèses bien différentes : celle où, par dérogation aux principes, les créanciers postérieurs ont le droit d'attaquer un acte réel, mais frauduleux, et celle où, par application des principes, ces mêmes créanciers peuvent faire déclarer l'inexistence d'un acte fictif, frauduleux ou non (2).

2° Dans l'action paulienne les créanciers demandeurs doivent prouver que l'acte attaqué a déterminé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur ; sans quoi, il n'y aurait pas de raison pour le faire tomber. Au contraire, les créanciers qui intentent l'action en déclaration de simulation n'ont pas à faire cette preuve, puisqu'ils demandent simplement aux juges de préciser la véritable consistance du gage commun (3).

(1) Demolombe, XXV, n. 235, p. 244 *in fine*.

(2) V. *supra*, n. 689.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 146, 5e édit., p. 240 ; Larombière, II, p. 275 *in fine* (art. 1167, n. 63) ; Demolombe, XXV, n. 236 ; Laurent, XVI, n. 497, p. 575 ; Huc, VII, n. 231, p. 310 *in fine ;* Varambon, *op. cit., Rev. prat. de dr. fr.*, p. 354, n. 12. — Bordeaux, 5 mars 1896, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 96. 1. 241. — V. aussi Trib. civ. d'Apt, 17 avril 1894, *Mon. jud. Midi,* 10 juin 1894. — *Adde* Lomonaco, *op. cit.*, I, n. 109, p. 528.

3° En matière d'action révocatoire les créanciers sont tenus également d'établir que l'acte attaqué a été fait par le débiteur en fraude de leurs droits. Sur ce point encore il en est autrement de ceux qui exercent l'action en déclaration de simulation. Supposons l'espèce suivante : Un créancier démontre que le débiteur a simulé au profit d'un tiers la vente d'un de ses immeubles ; mais il reconnaît qu'en faisant ce contrat fictif, le débiteur qui, au surplus, à cette époque, n'avait pas de dettes, a voulu, non pas nuire aux créanciers qu'il pourrait avoir dans la suite, mais seulement augmenter le crédit du prétendu acheteur. Ainsi, de l'aveu même du demandeur, l'intention frauduleuse a fait défaut. N'importe! l'action en déclaration de simulation devra être accueillie. Cette circonstance que l'acte fictif a été exempt de fraude est absolument indifférente; car cet acte, même passé dans de pareilles conditions, ne peut pas être considéré comme réel, et, par conséquent, ne saurait avoir d'influence sur la véritable consistance du gage commun (1).

On peut d'ailleurs soutenir avec raison que, si la fraude n'a pas existé au moment de la passation de l'acte simulé, elle a nécessairement pris naissance le jour où l'auteur de cet acte a eu des créanciers et n'a pas fait cesser la simulation. Mais, ainsi entendue, la fraude va de soi, et il n'est pas nécessaire d'en faire la preuve spéciale.

4° A plus forte raison, dans l'action en déclaration de simulation, n'a-t-on jamais à établir la complicité du tiers avec

(1) Aubry et Rau, Laurent et Huc, *ubi supra;* Planiol, 1re édit., n. 1259-1°, 2e et 3e édit., n 1203-1°. — Req., 25 juill 1864, S., 64. 1. 452, D , *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 377, note 2. — Cpr. Bordeaux, 5 mars 1896, précité. — Nous ne saurions approuver les termes du jugement rendu par le tribunal civil de Lyon le 21 novembre 1891 et confirmé par simple adoption des motifs le 2 décembre 1892. Dans ce jugement, après avoir dit très exactement « qu'il ne faut pas confondre avec l'action paulienne la demande qui a pour objet de faire déclarer fictif ou non sérieux un acte de nature à préjudicier aux droits des créanciers, qu'une pareille demande peut, à la différence de l'action paulienne proprement dite, être formée par un créancier même postérieur à l'acte qu'il attaque », le tribunal a eu le tort d'ajouter « *quand cet acte a eu précisément pour objet de dépouiller à l'avance les créanciers futurs du débiteur* ». Le tribunal a perdu de vue une des conséquences de la distinction dont il venait d'affirmer la nécessité. La confusion qu'il a commise sur ce point nous paraît due à l'influence de ce passage du livre de Demolombe que nous avons critiqué un peu plus haut.

lequel le débiteur a traité. On n'a donc pas à distinguer, comme dans l'action paulienne, suivant que le tiers est un acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans les deux cas, la demande pourra être accueillie, alors même qu'il aurait ignoré l'intention qu'avait le débiteur de nuire à ses créanciers.

5° Alors que les créanciers sous condition suspensive n'ont pas, du moins dans l'opinion la plus générale, le droit d'intenter l'action paulienne (1), ils peuvent certainement exercer l'action en déclaration de simulation (2). C'est qu'en effet si l'annulation d'un acte sérieux ne constitue pas simplement une mesure conservatoire, on doit voir, au contraire, une mesure de cette nature dans le fait de provoquer uniquement la constatation des éléments du gage commun (3).

6° Si l'art. 882 s'oppose à ce que les créanciers des cohéritiers puissent faire annuler le partage de la succession en vertu de l'art. 1167, il ne s'oppose pas, au contraire, à ce que les mêmes créanciers soient recevables à faire tomber ce partage au moyen de l'action en déclaration de simulation. Cette solution découle des termes de l'art. 882 qui s'exprime ainsi : « Ils ne peuvent attaquer un partage *consommé* »; car un partage ne peut être consommé que s'il est sérieux, et, dans notre hypothèse, il n'y a pas de partage, mais seulement une apparence de partage. Cette hypothèse est donc étrangère à l'art. 882 et, par conséquent, n'est pas régie par ce texte, qui, en sa qualité de disposition d'exception, ne peut pas être appliqué à un cas non prévu par lui (4).

(1) V. *supra*, n. 686.

(2) Trib. civ. Seine, 15 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 258.

(3) Huc, VII, n. 231, p. 310; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 240, note 48 *ter in fine*. — Il va sans dire que les créanciers à terme peuvent aussi exercer l'action en déclaration de simulation. Au surplus, nous avons vu qu'ils étaient admis à intenter l'action paulienne. Mais leur droit d'agir ne s'explique pas, dans les deux cas, de la même façon : si l'action en déclaration de simulation leur est ouverte, c'est parce qu'elle a le caractère de mesure conservatoire ; si l'action paulienne leur appartient, c'est en vertu du principe que la fraude fait exception à toutes les règles. D'autre part, en pratique, comme l'action paulienne suppose que le débiteur est au-dessous de ses affaires, il y aura presque toujours déchéance du terme lorsque cette action sera intentée. Il en est autrement quant à l'action en déclaration de simulation, car son admission n'est pas subordonnée à l'insolvabilité du débiteur. V. *supra*, n. 685.

(4) Vazeilles, art. 882, n. 5; Rolland de Villargues, v° *Oppos. à part.*, n. 48;

7° Les actes que les créanciers peuvent faire annuler au moyen de l'action paulienne ne sont pas pour cela susceptibles d'être attaqués par les parties. Nous savons qu'il en est autrement des actes simulés. Pas plus à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, ils ne peuvent produire aucun effet, et, par conséquent, ceux-là mêmes qui ont fait de pareils actes, sont admis à demander à la justice la déclaration de leur inexistence (1). Il en résulte que les créanciers d'une personne qui a passé un acte fictif auraient toujours le droit, pour faire constater la simulation, d'agir au nom de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166, tandis que cette voie n'est pas nécessairement ouverte aux créanciers qui veulent faire annuler l'acte passé par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 773; Marcadé, III, n. 410; Duvergier, *Tr. de la vente*, n. 151; Fouet de Conflans, art. 882, n. 12; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 882, observ. 1; Poujol, art. 882, n. 1; Massé et Vergé, II, p. 390, § 393; Le Sellyer, III, n. 1770; Demante et Colmet de Santerre, III, n. 224 *bis;* Hureaux, IV, n. 213; — Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 595, note 51, 5e édit., IV, p. 241, texte et note 51; Demolombe, XVII, n. 242; Laurent, X, n. 539; Tissier, *Th. et prat. de la tierce opp.*, n. 82; Dutruc, n. 533; Rousseau et Laisney, v° *Partage*, n. 135; Vigié, II, n. 466; Huc, V, n. 435; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, III, 1re édit., n. 4240, 2e édit., n. 3251; Planiol, II, 1re édit., n. 1259-3°, 2e et 3e édit., n. 1203-3°. — Req., 10 mars 1825, S. chr., D., *Répert. alph.*, v° *Success.*, n. 2055. — Toulouse, 21 mai 1827, S. chr., D., *op.* et v° *cit.*, n. 2053. — Paris, 8 déc. 1830, D. P., 31. 2. 68. — Bourges, 18 juil. 1832, S., 33. 2. 628, D., *Rép. alph.*, v° *cit.*, n. 2053. — Montpellier, 11 juin 1839, S., 39. 2. 473. — Req., 27 nov. 1844, S., 45. 1. 284, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2044. — Colmar, 1er mars 1853, D. P., 54. 5. 541. — Req., 22 mai 1854, S., 55. 1. 520, D. P., 54. 1. 250. — Besançon, 8 fév. 1855, S., 55. 2. 575, D. P., 56. 2. 51. — Gand, 25 janv. 1856, *Pas.*, 56. 2. 181. — Liège, 18 juil. 1857, *Pas*, 59. 2. 81. — Pau, 30 nov. 1857, D. P., 58. 2. 165. — Caen, 24 avril 1863, S., 63. 2. 170. — Bordeaux, 29 août 1864, joint à Req., 9 juil. 1866, S., 66. 1. 361, D. P., 66. 1. 369. — Lyon, 9 juin 1876, S., 78. 2. 7, D. P., 78. 2. 13. — Chambéry, 29 nov. 1876, D. P., 78. 2. 215. — Nancy, 12 fév. 1877, D. P., 79. 2. 215. — Paris, 10 août 1877, S., 78. 2. 6, D. P., 78. 2. 172. — Rennes, 28 juin 1878, S., 78. 2. 316, D. P., 79. 2. 147. — Paris, 28 déc. 1883, *Gaz. Pal.*, 84. 1. 268. — Agen, 26 nov. 1884, *Gaz. Pal.*, 85. 1, *Suppl.*, 116. — Dijon, 24 juin 1885, S., 87. 2. 115, D. P., 86. 2. 226. — Lyon, 16 mai 1888, *Mon. jud. Lyon*, 29 sept. 1888. — Trib. civ. Toulouse, 4 juin 1890, *Gaz. Trib. du Midi*, 22 juin 1890. — Civ. cass., 17 nov. 1890, S., 94. 1. 399, D. P., 91. 1. 25. — Grenoble, 30 déc. 1890, *Journ. de Grenoble*, 91. 88. — Aix, 29 juin 1891, D. P., 92. 2. 473. — Besançon, 30 déc. 1891 (motifs), D. P., 92. 2. 113. — Bourges, 18 juil. 1892, S., 93. 2. 210, D. P., 92. 2. 609. — Bordeaux, 28 fév. 1894, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 94. 1. 113. — Riom, 12 juin 1895, *Rec. de Riom*, 1894-1895, 459. — Dijon, 24 juin 1896, S., 97. 2. 175, D. P., 97. 2. 13.

(1) V. *supra*, n. 731.

734. Mais il ne faut pas croire pour cela que, si les créanciers peuvent faire déclarer simulé un acte de leur débiteur, c'est par application de l'art. 1166. L'action en déclaration de simulation est une action que les créanciers ont le droit d'exercer en leur propre nom. Ils sont donc pourvus, relativement aux actes fictifs de leur débiteur, d'une action directe. Nous nous empressons d'ajouter qu'il y aurait de leur part une bien grande imprudence à agir en vertu de l'art. 1166. C'est ce qui va nous apparaître à deux points de vue.

a. S'ils exerçaient l'action indirecte de l'art. 1166, ils ne seraient admis la plupart du temps, comme le débiteur lui-même, à prouver la simulation qu'à la condition d'avoir un commencement de preuve par écrit. Agissant en leur propre nom, ils peuvent, sans satisfaire à cette condition, recourir à la preuve testimoniale et aux simples présomptions [1].

b. Si l'action des créanciers s'appuyait sur la disposition de l'art. 1166, le défendeur serait recevable à leur opposer les mêmes exceptions qu'au débiteur, puisqu'ils agiraient au nom de ce dernier [2]. Mais, l'action étant directe, il faut se prononcer pour la solution contraire [3].

Comme on le voit, si les créanciers n'avaient pas d'autre ressource contre les actes simulés que d'invoquer l'art. 1166, leurs droits seraient bien souvent sacrifiés. Il est donc inadmissible qu'ils ne puissent pas employer une voie plus sûre.

735. Sur ce point Larombière fait une distinction à laquelle il nous est impossible de reconnaître une base juridique : « Il n'y a même pas à s'enquérir, dit-il, si, de la part du débiteur, le déguisement et la simulation ont eu lieu dans une intention frauduleuse. Mais il faut remarquer que, *dans ce cas, en l'absence de toute allégation de fraude, les créanciers n'agissent plus en leur nom personnel, mais qu'ils ne font qu'exercer les droits et actions de leur débiteur* » [4]. Ainsi, quand les demandeurs prétendent que l'acte a été passé dans une intention frauduleuse, l'action serait directe. Quand les

(1) V. *infra*, n. 737.
(2) V. *supra*, n. 638-640.
(3) Huc, VII, n. 230, p. 309 *in medio*.
(4) II, p. 206, art. 1166, n. 63.

créanciers n'allèguent pas ce fait, ils n'auraient que l'action indirecte de l'art. 1166. Pourquoi cette distinction? Est-ce que, dans les deux hypothèses, les créanciers n'ont pas, aux termes des art. 2092 et 2093, un droit propre et direct sur tous les biens de leur débiteur, notamment sur celui qui a fait l'objet de l'acte fictif? Et, si l'on répond affirmativement, ne reconnaît-on pas, par le fait même, qu'ils doivent avoir, dans les deux hypothèses, une action propre et directe pour établir que ces biens sont compris dans le gage commun? Car, s'ils ont un droit propre et direct, l'action qui tend à faire affirmer par justice l'existence de ce droit sur un certain bien, ne doit-elle pas présenter ces mêmes caractères?

736. Ceci nous amène à critiquer une théorie que nous trouvons formulée par quelques auteurs et par quelques arrêts. L'action en déclaration de simulation aurait sa source dans l'art. 1167. De la disposition de ce texte découleraient deux actions : l'action paulienne *proprement dite*, pour parler comme Demolombe, et l'action en déclaration de simulation (1). Aussi, suivant le même auteur, les créanciers qui veulent faire déclarer un acte fictif, peuvent agir à leur convenance, ou en vertu de l'art. 1166, ou *en vertu de l'art. 1167* (2). Nous retrouvons la même idée dans un arrêt de la chambre des requêtes : « Attendu, dit la cour suprême, que, s'il est vrai *qu'en principe général* la preuve de la fraude est, comme celle du préjudice, la condition essentielle de l'action que l'art. 1167 ouvre au créancier qui se dit lésé par les actes de son débiteur, cette condition ne saurait être exigée lorsque, au lieu de s'attaquer à des actes réguliers et qui seraient obligatoires pour les créanciers comme pour les parties qui les ont souscrits, s'ils n'avaient été déterminés par l'intention de frauder ses droits et d'en paralyser l'exercice, le créancier se borne à repousser les actes qu'on lui oppose en soutenant qu'ils sont simulés..... » (3). L'action en déclaration de simu-

(1) XXV, n. 235, p. 237 : « C'est-à-dire qu'il importe de distinguer l'action paulienne *proprement dite* d'avec l'action en déclaration de simulation ».

(2) XXV, même numéro *in fine*.

(3) Req., 25 juill. 1864, S., 64. 1. 452, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 377, note 2.

lation ne serait donc qu'une variété d'action paulienne qui ferait exception aux règles générales en ce qui concerne la preuve de l'insolvabilité et de la fraude; ce serait une action paulienne anormale.

Mais il n'est nullement besoin de recourir à la disposition de l'art. 1167 pour assigner un fondement à l'action en déclaration de simulation. L'existence de cette action se dégage suffisamment, comme nous venons de le prouver, des dispositions des art. 2092 et 2093 : *tous* les biens quelconques d'une personne, meubles ou immeubles, présents ou à venir, sont le gage commun de ses créanciers : *tous*, notamment, par suite, ceux qui ont fait l'objet d'actes simulés, puisqu'ils n'ont pas cessé d'appartenir au débiteur. Il s'agit simplement pour les créanciers de faire constater que leur droit de gage porte sur ces biens.

737. Quant aux modes de preuves que les créanciers ont le droit d'employer pour établir les faits justificatifs de leur demande, la règle est la même pour l'action en simulation et pour l'action paulienne, car, dans l'une et l'autre hypothèses, il s'agit d'établir l'existence de faits dont les demandeurs n'ont pas pu se procurer la preuve littérale. Les créanciers qui veulent faire déclarer un acte simulé sont donc admis à recourir aux témoignages et aux présomptions, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit. Art. 1348 et 1355 (1).

Mais il en est autrement quand la déclaration de simulation est demandée par l'une des parties contractantes. Comme elles ont pu se procurer la preuve écrite de la simulation, il faut que le demandeur produise au moins un commencement de preuve par écrit (2).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, n. 350, texte et note 21, Larombière, VI, p. 560 (art. 1348, n. 21; Demolombe, XXX, n. 179; Laurent, XIX, n. 603; Planiol, II, 1re édit., n. 1236, 2e et 3e édit., n. 1207. — Req., 31 juil. 1872, S., 73. 1. 117; D. P., 73. 1. 340. — Req., 22 mars 1875, S., 76. 1. 111. — Cpr. Req., 3 juin 1863, S., 64. 1. 269, D. P., 63. 1. 261; 11 mars 1879, D. P., 79. 1. 401; 21 juil. 1885, S., 87. 1. 175, D. P., 86. 1. 326. — Trib. civ. Apt, 17 avril 1894, *Mon. judic. du Midi*, 10 juin 1894. — Trib. civ. Saint-Gaudens, 21 juil. 1902, *Droit*, 8 janv. 1903.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 350 *in fine*, 351, texte et note 25, et p. 214; Larombière, VI, p. 554 *in fine* (art. 1348, n. 18); Chardon, *Dol et fraude*, II, n. 53;

Toutefois, les parties elles-mêmes peuvent établir la simulation par tous modes de preuve quand elle a eu pour but une fraude à la loi, notamment quand elle a été employée pour dissimuler une cause illicite (1).

Il en est de même quand le consentement de la partie qui attaque une convention comme simulée, a été extorqué par violence, ou surpris par dol (2).

Indiquons, dès à présent, sauf à revenir sur ce point, que la foi attachée aux actes authentiques, en ce qui regarde la réalité et la sincérité des faits juridiques dont ils renferment la constatation, ne s'oppose pas à ce que les conventions ou dispositions qu'ils contiennent puissent être attaquées pour cause de simulation par les parties ou par les tiers (3).

Bonnier, *Preuves* (édit. Larnaude), n. 141; Demolombe, XXX, n. 181 s.; Laurent, XIX, n. 590, p. 612; Planiol, II, 1re édit., n. 1260, 2e et 3e édit., n. 1204. — Req., 16 nov. 1859, S., 60. 1. 266. — Aix, 25 janv. 1871, S., 71. 2. 264, D. P., 71. 2. 52. — Req., 22 mars 1875, précité; 9 nov. 1875, D. P., 76. 1. 443. — Montpellier, 8 fév. 1876, S., 76. 2. 295. — Civ. cass., 30 juin 1879, S., 81. 1. 397, D. P., 79. 1. 413; 6 juin 1887, S., 87. 1. 367, D. P., 87. 1. 327. — Bourges, 12 mars 1894, *Droit*, 5 sept. 1894. — Req., 4 janv. 1897, S., 98. 1. 309; 5 juil. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 211; 14 juin 1899, S., 99. 1. 464, D. P., 99. 1. 344, *Pand. franç.*, 1901. 1. 127; 15 juin 1899, S., 1901. 1. 383, D. P., 1900. 1. 81. — Civ. cass., 31 janv. 1900, S., 1901. 1. 347, D. P., 1900. 1. 80, *Pand. franç.*, 1900. 1. 187, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 292. — Trib. civ. Saint-Gaudens, 21 juil. 1902, précité. — Lyon, 26 juin, 1903, *Mon. jud. Lyon.*, 16 oct. 1903. — V. aussi Req., 10 juil. 1899, S., 99. 1. 488, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 406. — *Adde* C. d'appel de Rome, 15 oct. 1898, S., 99. 4. 37. — Pour les décisions antérieures, voir Fuzier-Herman, C. civ. ann., art. 1319, n. 136-143. — Cpr. Aix, 25 janv. 1871, S., 71. 2. 264.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 351; Larombière, VI, p. 556 (art. 1348, n. 19); Bonnier, *op. cit.*, n. 142; Demolombe, XXX, n. 182, 184 à 188. — Req., 22 nov. 1869, S., 70. 1. 339. — Trib. civ. de Montpellier, 19 juill. 1884, et sur appel, Montpellier, 23 fév. 1885, joint à Civ. cass., 23 juin 1887, précité. — Trib. com. Orthez, 27 fév. 1892, *Loi*, 31 mai 1892. — Civ. cass., 31 janv. 1900, précité — Grenoble, 6 mai 1902, D. P., 1903. 2. 335. — Req., 7 avril 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 2. 302; 27 oct. 1903, D. P., 1903. 1. 574; 2 mars 1904, S., 1904. 1. 260, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 567. — V. pour les décisions antérieures, Fuzier-Herman, C. civ. ann., art. 1348, n. 63-66, et art. 1319, n. 133-135. — V. notre tome III, n. 2636-2°. — Cpr. Laurent, XIX, n. 594.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 351; Larombière, VI, p. 554 (art. 1348, n. 18).

(3) *Sic* Toullier, VIII, n. 122; Duranton, XIII, n. 84 et 85; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 212, texte et note 59; Bonnier, *op. cit.*, n. 567; Demolombe, XXIX, n. 279; Larombière, VI, p. 524 (art. 1319, n. 9); Laurent, XIX, n. 133, p. 133. — Req., 22 nov. 1869, S., 70. 1. 339, D. P., 70. 1. 273; 13 juill. 1874, S., 74. 1. 469, D. P., 75. 1. 106; 14 juill. 1874, S., 75. 1. 11, D. P., 75. 1. 37. — Civ. cass., 30 juin 1879, et 6 juin 1887, précités. — Montpellier, 8 fév. 1876, S., 76. 2.

738. Les tribunaux apprécient souverainement les circonstances d'où résulte la simulation. Nous avons dit qu'il en est de même quant aux faits constitutifs de la fraude. Il a été jugé, par exemple, qu'il appartient aux juges, en vertu de ce pouvoir souverain d'appréciation, de déclarer qu'une adjudication, à raison des circonstances de la cause, a simplement opéré une transmission fictive de la propriété (1).

739. Le jugement qui déclare la simulation profite-t-il aux créanciers qui n'étaient pas parties dans l'instance? Les rares auteurs qui ont examiné la question se prononcent pour l'affirmative. Après réflexion et contrairement à ce que nous avions pensé d'abord, nous estimons que cette solution est exacte et que, par conséquent, le jugement peut être invoqué par ces créanciers, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer suivant qu'ils sont antérieurs ou postérieurs à l'acte fictif. Mais le motif que, jusqu'ici, on a fait valoir à l'appui de cette décision, nous paraît de nature à la rendre suspecte. Voici, par exemple, le raisonnement de Larombière : « Le déguisement est démasqué, la simulation est découverte dans l'intérêt de tous les créanciers, tant postérieurs qu'antérieurs à l'acte. Car c'est le cas de dire, non pas que la chose aliénée rentre pleinement dans les mains du débiteur, mais que réellement elle n'en est jamais sortie. Elle ne redevient donc pas, elle est plutôt constamment demeurée le gage commun de tous les créanciers... » (2). A nos yeux ce raisonnement est sans valeur; il ne permet pas de répondre à l'objection qu'on sera naturellement porté à tirer de l'autorité relative de la chose jugée. C'est donc à un autre point de vue que nous croyons devoir nous placer. Pour nous, si, dans notre hypothèse, le jugement profite aux créanciers qui n'étaient pas demandeurs, c'est parce que, ayant été rendu en présence des personnes qui ont été parties à l'acte simulé, il doit pouvoir être invoqué

295. — Req., 14 janv. 1897, précité. — Paris, 15 nov. 1892, D. P., 93. 2. 291. — Pour les décisions antérieures, voir Fuzier-Herman, C. civ. ann., art. 1319, n. 144 s.

(1) Civ. rej., 14 juin 1870, D. P., 72. 1. 40. — V. aussi Req., 21 oct. 1895, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 312; 12 déc. 1898, S., 99. 1. 120.

(2) Larombière, II, p. 276 *in fine* (art. 1167, n. 63, avant-dernier alinéa). — V. aussi Benjamin Milhaud, *op. cit.*, p. 214-4°; Cazal, *op. cit.*, p. 80, n. 111.

par leurs ayants cause. Or les créanciers qui ne figuraient pas au procès sont au nombre de ces ayants-cause [1]. Bien différent est le jugement qui fait droit à l'action paulienne : l'acte frauduleux n'est pas annulé dans les rapports des parties entre elles. Ce jugement ne saurait donc profiter aux créanciers non demandeurs. Peu importe qu'ils soient les ayants-cause du *fraudator*. Ils ne peuvent point à ce titre se prévaloir d'une décision judiciaire que ce dernier n'est pas admis à invoquer.

740. Mais, pour l'action en déclaration de simulation, comme pour l'action paulienne, s'élève la question de savoir si l'admission de la demande produit son effet à l'encontre du sous-acquéreur de bonne foi. Le propriétaire d'un immeuble en simule une vente. Le prétendu acquéreur revend l'immeuble, et, plus tard, la justice constate le caractère fictif de la première de ces aliénations. S'ensuit-il que le droit du sous-acquéreur tombe par voie de conséquence en vertu du principe consacré dans l'art. **2125**? Nous ne le pensons pas. A nos yeux, la négative résulte de la disposition de l'art. **1321**, aux termes duquel : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers ». Et, d'après une jurisprudence qui est certainement conforme à l'esprit de la loi, il en est ainsi même lorsque les contre-lettres ont acquis date certaine par l'un des moyens indiqués dans l'art. **1328**. Le législateur a donc voulu que les droits acquis à des tiers sur la foi de l'acte simulé ne pussent pas être anéantis par la production de la contre-lettre. Or, que la simulation soit prouvée de cette façon ou de toute autre, les droits des tiers sont toujours également respectables. A vrai dire, le but de l'art. **1321**, c'est d'empêcher que la simulation nuise aux tiers, et, si cet article proscrit à leur égard l'usage de la contre-lettre, c'est parce que, sans cela, les tiers souffriraient de la simulation. Or, si le législateur a disposé que la simulation ne peut pas être prouvée contre les tiers au moyen de la contre-lettre, c'est-à-dire de

[1] Sur cette proposition spéciale, voir notamment Larombière, VII, p. 127 (art. 1351, n. 115; Lacoste, *De la chose jugée*, n. 516 et les auteurs et arrêts cités. — *Adde* Nancy, 8 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 615 et les autres arrêts cités en note.

la preuve écrite parfaite, il n'a évidemment pas entendu qu'elle pût être établie à leur préjudice au moyen des autres espèces de preuves [1]. Peut-être sera-t on porté à raisonner ainsi : L'art. 1321 suppose que la contre-lettre est opposée aux tiers par les parties elles-mêmes, alors que dans notre cas la simulation est alléguée par les créanciers chirographaires de l'une d'elles, et ces créanciers, à raison des circonstances, doivent, tout aussi bien que les sous-acquéreurs de bonne foi, être considérés comme des tiers, d'autant plus que leur action a le caractère d'action directe. Or les tiers peuvent, lorsqu'ils y ont intérêt, invoquer les termes de la contre-lettre, ou, plus généralement, s'autoriser de la situation dans laquelle les parties se trouvent réellement. Nous répondons que cela importe peu : Si, dans l'action en déclaration de simulation, la qualité de tiers doit être reconnue à la fois aux créanciers et aux sous-acquéreurs de bonne foi, ces derniers ont, du moins, sur les premiers l'avantage d'être en possession, et, par conséquent, leur intérêt doit l'emporter [2].

(1) Ce raisonnement a été formulé en termes très précis par la cour de Caen, dans un arrêt du 17 mai 1873. On lit dans cette décision : « Attendu que toute contre-lettre implique nécessairement par elle-même la simulation totale ou partielle de l'acte ostensible qu'elle a pour but d'annuler; que la raison en est que, si l'acte ostensible était l'expression de la volonté réelle des parties contractantes, il n'y aurait pas besoin de contre-lettre; que, dès lors, celle-ci a pour cause unique la simulation de l'acte public; qu'elle n'est rien autre chose que l'effet et la preuve écrite de cette simulation; qu'ainsi en décidant que les contre-lettres ne sont point opposables aux tiers, l'art. 1321 a, par cela même, décidé que la simulation des actes ostensibles ne leur serait pas opposable, parce qu'il n'est pas possible qu'il ait autorisé la cause, c'est-à-dire la simulation, et qu'il en est prohibé l'effet et la preuve, c'est-à-dire la contre-lettre; qu'il y aurait entre ces deux solutions une contradiction choquante; qu'il n'est pas non plus admissible que, si la preuve de la simulation était permise contre les tiers, le législateur eût écarté la preuve par contre-lettre, qui est la plus puissante, pour lui préférer la preuve beaucoup plus douteuse résultant de présomptions jointes à un commencement de preuve par écrit ». S., 74. 2. 46, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 379, note 3, t. XI, p. 193, col. 1 *in fine*.

(2) *Sic* Fourcade, *Etude sur la simulation*, p. 99 s.; Huc, VII, n. 232; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 242, texte et note 53; Planiol, II, 1re édit., n. 1259-4°, 2e et 3e édit., n. 1203-4°. — Orléans, 10 fév. 1876, S., 76. 2. 321, D. P., 77. 2. 113. — Gand, 6 avril 1889, *Pasicr.*, 89. 2. 324. — Req., 11 mars 1890, S., 90. 1. 108. — Alger, 8 juil. 1896, joint à Req., 13 mars 1899, S., 1900. 1. 72. — *Contra* Laurent, XVI, n. 499, p. 576. — Req., 13 mars 1899, précité. — Dijon, 4 juil. 1904, *Droit*, 9 nov. 1904. — Cpr. Req., 24 janv. 1847, D. P., 47. 4. 312.

741. Les auteurs du Code civil portugais ont jugé utile d'expliquer que lorsqu'un acte ou un contrat est déclaré simulé « la chose ou le droit qui en sont l'objet seront restitués au propriétaire *avec les fruits échus et les bénéfices réalisés, s'il y en a* ». Art. 1032 (1). N'est-ce pas de toute évidence, et cette solution ne s'impose-t-elle pas tout aussi bien dans notre législation, bien que celle-ci soit muette sur l'action en déclaration de simulation? Comment la partie qui doit restituer la chose ne devrait-elle pas comprendre les fruits dans la restitution? Elle n'a jamais pu croire qu'elle fût propriétaire; elle savait, dès le début, que son titre n'était qu'une apparence. Elle ne peut certainement pas invoquer les dispositions des art. 549-550 pour prétendre qu'elle a fait les fruits siens.

742. Avec la très grande majorité des auteurs, nous avons écarté l'application de l'art. 1304 en ce qui concerne l'action paulienne, et, pour cela, nous avons notamment rappelé que ce texte est seulement relatif aux actions en nullité ou en rescision exercées par les personnes qui étaient parties à l'acte dont il s'agit (2). Ce motif est également vrai pour l'action en déclaration de simulation, quand elle est intentée par les créanciers, car ils l'exercent à titre d'action directe et non pas en vertu de l'art. 1166. Mais, dans ce cas, il est d'autant moins douteux que la prescription décennale de l'art. 1304 n'est pas opposable aux créanciers qu'elle serait, d'après nous, inapplicable si la constatation de la simulation était demandée à la justice par les parties elles-mêmes. En effet, elle ne tendrait pas à faire prononcer la nullité ou la rescision d'un acte, mais à faire déclarer son inexistence. Or, la disposition de l'art. 1304 a le caractère d'exception. Elle ne peut donc être étendue à des cas différents de ceux qu'elle prévoit. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (3).

(1) *Sic* C. civ. mexicain, art. 1686.

(2) V. *supra*, n. 726.

(3) Demolombe, XXIX, n. 128; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 278. texte et note 28, 5e édit., p. 458, texte et note 28; Laurent, XIX, n. 33, p. 39; Huc, VII, n. 191 *in fine*, p. 244; — Lyon, 28 fév. 1884, précité. — Alger, 18 juin 1895, D. P., 96. 2. 208. — Cpr. Req., 9 nov. 1875, S., 77. 1. 293, D. P., 76. 1. 443.

FIN DU TOME PREMIER

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME Ier

INTRODUCTION

(Nos) Pages

1. Définition de l'obligation. 1
2. De la créance et de la dette. 2
3. Les sujets actifs ou passifs de l'obligation sont des personnes déterminées 2
4. Notion de l'obligation naturelle 3
5. Sources des obligations d'après l'art. 1370 C. civ. 3
6. Une obligation peut-elle naître d'une déclaration unilatérale de volonté? Renvoi. 4

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

7. Définition des termes *convention* et *contrat* 5
8. Distinction du contrat et de la pollicitation 5

§ I. *Divisions des contrats.*

9. Enoncé des diverses divisions 6

I. *Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux.*

10. Définition du contrat synallagmatique et du contrat unilatéral. . . 6
10 I. Intérêts de cette distinction 7
11. Faut-il diviser les contrats synallagmatiques en parfaits et en imparfaits? 8
12. Les parties peuvent rendre synallagmatiques les contrats qui, de leur nature, sont unilatéraux 10
13. Mais il ne suffit pas pour cela qu'elles stipulent expressément les obligations qui peuvent naître éventuellement du contrat. . . 11
14. La stipulation d'un salaire transforme le mandat ou le dépôt en contrat synallagmatique. 12
15. Pouvoir d'appréciation des juges du fond quant au caractère synallagmatique ou unilatéral des contrats 13

II. *Contrats de bienfaisance; contrats à titre onéreux.*

16. Définitions. Intérêts de la distinction 13
17. Contrats commutatifs et contrats aléatoires. 15

(Nos) Pages

18. Dans les contrats aléatoires les chances de gain ou de perte sont réciproques 17
19. Intérêts de la division des contrats en commutatifs et aléatoires. 18

III. *Contrats nommés; contrats innommés.*

20. Notions générales. 18

IV. *Contrats consensuels; contrats solennels.*

21. Des contrats consensuels 21
22. Des contrats solennels. 22
23. Existe-t-il aujourd'hui des contrats réels ?. 23

V. *Contrats principaux; contrats accessoires.*

24. Notions 31

§ II. *Des trois espèces de choses qu'on doit distinguer dans les contrats.*

25. Choses essentielles ; choses naturelles ; choses accidentelles. . . . 32

CHAPITRE II

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS

26. Conditions énumérées dans l'art. 1108. 32

SECTION PREMIÈRE

DU CONSENTEMENT

27. Définition du consentement. 34
27 I. Théories allemandes sur le rôle du consentement dans les contrats. 34
28. Théorie qui admet la création d'obligations par la seule volonté du débiteur. 36

§ I. *Formation du consentement.*

29. Notion générale 40
30. De l'offre faite à des personnes indéterminées. 42
31. D'où peut résulter l'anéantissement de l'offre ? 44
32. *Quid* si le retrait ou l'extinction de l'offre cause un dommage à celui qui avait reçu la proposition ?. 46
33. L'offre peut-elle être retirée avant l'expiration du délai imparti pour l'acceptation ?. 50
34. *Quid* si, au cours du délai, l'offrant meurt ou devient incapable de s'obliger ?. 53
35. L'offre n'a force obligatoire que lorsqu'elle est connue de celui à qui elle est faite 54
36. L'expiration du délai fixé pour l'acceptation opère-t-elle de plein droit le retrait de l'offre ? 54
37. Pour qu'il y ait contrat, est-il nécessaire que le pollicitant ait con-

(Nos) Pages

naissance de l'acceptation ? Théorie de la *déclaration* ; théorie de l'*information* 56
38 Théorie de l'*expédition*; théorie de la *réception* 62
39. Législation comparée. 64
40. Contrats par téléphone 67
40 I. Contrats par envoi de phonogrammes. 69
41. Il faut qu'il y ait concordance entre les volontés des contractants. 69
42. Difficultés spéciales. 70
43. Manifestation du consentement. 72
44. Le consentement ne se présume jamais. 73
45. Cas où l'acceptation peut être induite du silence. 75
46. En matière commerciale la règle n'est pas que le silence emporte consentement 77
47. Offres faites sous forme de prospectus ou de circulaire. 78
48. L'offre elle-même peut être tacite 78

§ II. *Des vices du consentement.*

49. Enumération des vices du consentement. 78

I. *De l'erreur.*

50. Définition de l'erreur. 79
51. L'erreur n'exerce pas toujours la même influence sur le consentement. 79

A. Cas dans lesquels l'erreur rend le contrat inexistant.

52. Enumération de ces cas. 80

B. Cas dans lesquels l'erreur est une cause de nullité du contrat.

53. Ces cas sont au nombre de deux. 82

N° 1. *Erreur sur la substance de la chose.*

54. Que faut-il entendre par substance ? 82
55. Théorie d'Aubry et Rau 86
56. Théorie de Huc. 87
56 I. Théorie de Colmet de Santerre et de Demolombe. 89
57. La disposition relative à l'erreur sur la substance est applicable aux contrats unilatéraux. 91
58. L'erreur sur la substance rend les contrats synallagmatiques annulables, quelle que soit l'obligation sur l'objet de laquelle porte l'erreur. 91
59. De l'erreur sur la substance en matière d'acquiescement. 92
60. L'erreur sur la substance n'est-elle une cause de nullité que lorsqu'elle est commune aux deux parties ? Application de la théorie de la *culpa in contrahendo*. 92
61. La jurisprudence n'attribue aucune portée pratique à la théorie de l'erreur sur la substance 95

N° 2. *Erreur sur la personne.*

62. Cas où il y a erreur sur la personne. 98

(Nos) Pages
63. L'erreur peut être une cause de nullité même lorsqu'elle ne porte que sur une qualité de la personne. 101
64. L'art. 2053 ne renferme qu'une application du principe posé dans le second alinéa de l'art. 1110 102
65. De l'erreur sur la personne dans le mariage, dans la reconnaissance d'un enfant naturel et dans l'adoption 104
66. Pouvoir d'appréciation des juges du fond quant à l'erreur sur la personne. 105

N° 3. *Règles communes aux deux cas d'erreur étudiés ci-dessus.*

67. De la preuve de l'erreur. 107
68. Application de la théorie de la *culpa in contrahendo* 107
69. De l'erreur de droit. 107

N° 4. *Erreur sur l'efficacité juridique de la cause.*

70. Notion générale. 110

C. Cas dans lesquels l'erreur est sans influence sur la validité du contrat.

71. Enumération de ces cas. 111

II. *De la violence.*

A. Notion de la violence.

72. Définition de la violence 113
73. Violence morale et violence physique 114

B. Des caractères que doit présenter la violence pour être un vice du consentement.

74. La violence doit être appréciée par rapport à celui qui en est la victime 116
75. La violence n'est une cause de nullité que s'il y a crainte d'un mal imminent 118
76. *Quid* lorsque le mal auquel a voulu échapper la partie qui a consenti la menaçait au point de vue moral ? 119
77. Pour qu'il y ait cause de nullité, il faut que le consentement ait été *extorqué* par la violence. 120
78. *Quid* si la promesse a été faite sous l'empire d'une violence qui n'était pas exercée en vue d'extorquer le consentement ? . . . 122
79. Du cas où un contrat n'a pas de relation directe avec la violence qui l'a précédé 123
80. La violence n'est une cause de nullité que si elle est injuste. . . . 124
81. Du cas où l'emploi des voies légales a un caractère abusif. 125
82. Menace du dépôt d'une plainte au parquet ou d'une dénonciation pour crime ou délit. 126
83. Jurisprudence 127
84. Engagements pris par un individu surpris en flagrant délit. 129
85. Contrainte résultant directement d'une loi 129
86. La crainte révérentielle n'est pas une cause de nullité 130
87. La disposition de l'art. 1114 doit être généralisée. 131

(Nos) Pages
88. La crainte révérentielle est une circonstance aggravante de la violence. 132
89. De la violence exercée contre l'époux, l'épouse, les ascendants ou les descendants d'un contractant 133
90. Il ne faut pas assimiler à ces personnes l'adoptant ou l'adopté. . . 134
91. Solution inverse pour les enfants naturels reconnus et pour leurs pères et mères 134
92. Violence exercée sur les personnes non visées par l'art. 1113 . . . 134
93. Critique de la théorie de Laurent 135
94. La violence est une cause de nullité quel que soit son auteur . . . 138
95. La violence est un vice du consentement alors même qu'elle ne constitue pas un crime ou un délit 139
96. Pouvoir d'appréciation des juges du fond quant à la violence . . . 140
97. Preuve des faits constitutifs de la violence 140

C. De l'effet de la violence.

98. Elle rend le consentement annulable 141

III. *Du dol.*

A. Définition et notions générales.

99. Définition du dol 142
100. Des simples exagérations de langage et des réticences 142
101. Du cas où les affirmations sont assez précises pour constituer un engagement 144
102. Des réticences dolosives 145
103. Le dol doit être apprécié au point de vue subjectif. 146
104. Le Code civil n'admet pas l'existence du *dolus re ipsa*. 146
105. Le dol suppose essentiellement l'intention de tromper. 147
106. A proprement parler, ce n'est pas de dol, mais de fraude qu'il s'agit dans les art. 1150 et 1151 147
107. La distinction du dol civil et du dol criminel n'a pas sa raison d'être 148
107 I. Le dol est, dans tout contrat, une cause d'annulabilité 149

B. Conditions requises pour que le dol entraîne la nullité du contrat.

108. Ces conditions sont au nombre de deux 150

N° 1. *Le dol doit émaner de l'une des parties.*

109. Portée et motif de cette condition. 150
110. Pourquoi cette différence entre le dol et la violence ? 152
111. *Quid* si, dans un contrat où il y a plus de deux parties, le dol n'émane que de l'une d'elles? 154
112. *Quid* si l'auteur du dol est un mandataire ? 154
113. Cette condition est particulière aux conventions 154
114. Quand le dol émane d'un tiers le contrat peut être annulable pour cause d'erreur 155

N° 2. *Il faut que le dol ait déterminé le consentement.*

115. Conséquences 155

(Nos) Pages
116. Dol principal et dol incident 156
117. La nullité fondée sur le dol ne se confond pas avec celle qui résulte de l'erreur 157

C. De la preuve du dol.

118. Tous les moyens de preuve sont admis 159
119. Pouvoir d'appréciation du juge du fond quant au dol 160

IV. *De la lésion.*

120. Définition de la lésion 161
121. En principe la lésion n'est pas une cause de nullité des conventions 162
122. Exceptions à cette règle 165
123. Ces exceptions sont les seules 166
124. Pourquoi, dans les cas exceptionnels prévus par la loi, la lésion est-elle une cause de rescision? 167

V. *Disposition commune aux divers vices du consentement.*

125. Les divers vices du consentement rendent simplement la convention annulable 168
126. Effets de la nullité ou de la rescision d'un contrat à l'égard des tiers 168
127. Publicité des jugements prononçant la nullité, la résolution ou la rescision d'un acte transcrit 171

§ III. *Des promesses et des stipulations pour autrui.*

128. On ne peut, en général, s'engager ou stipuler en son propre nom pour autrui 171

I. *De la règle qu'on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même.*

129. Sens de cette règle 172
130. Du cas où l'on se porte-fort pour le tiers dont on promet le fait. . 173
131. Dans quelle forme on peut se porter fort 174
132. Objet de l'obligation du porte-fort 174
133. Du cas où des personnes qui concluent un contrat synallagmatique pour leur compte se portent fort pour leurs co-intéressés. 177
134. On peut se porter fort quel que soit l'objet de l'engagement à prendre par le tiers 178
135. Des clauses du porte-fort dans les contrats de mariage. 178
136. Du cas où l'on se porte fort pour un mineur 179
137. Situation du tiers avant la ratification 180
138. Du cas où le tiers succède au porte-fort. 180
139. En principe, la ratification n'est soumise à aucune forme spéciale. 181
140. De la ratification dans le cas où celui qui a promis le fait du tiers ne s'est pas porté fort. 181
141. De la ratification survenue après rétractation de la stipulation . . 182
142. Des effets de la ratification? 182
142 I. A partir de quel moment se produisent-ils?. 183

(Nos) Pages
143. A défaut de ratification, le stipulant ne peut pas contraindre le porte-fort à exécuter le fait à la place du tiers 184
144. Le porte-fort peut exécuter lui-même le fait que le tiers refuse de promettre. 184

II. *De la règle qu'on ne peut stipuler en son propre nom pour autrui.*

145. Sens et motif de cette règle. 185
146. De la stipulation faite par un mandataire ou par un gérant d'affaires. 187
147. De l'*adjectus solutionis gratia* 187
147 I. Du cas où le bénéficiaire est présent à l'acte 188
147 II. De la clause rappelant un engagement pris précédemment envers un tiers 188

A. Des cas où la stipulation pour autrui est valable.

148. Des deux cas où la stipulation pour autrui est valable aux termes de l'art. 1121 188
149. Dans ces deux cas, il n'est pas nécessaire que le stipulant ait un intérêt pécuniaire à l'accomplissement de la promesse 193
150. La stipulation pour autrui est encore valable toutes les fois qu'elle présente pour le stipulant un intérêt appréciable en argent . . 194
151. Critique du système du Code 195
152. Des cas où la stipulation pour autrui est valable comme gestion d'affaires 195
153. Effets de l'adjonction d'une clause pénale à la stipulation pour autrui 197

B. Effets de la stipulation pour autrui.

154. Le droit du tiers naît immédiatement 200
154 I. Le décès du stipulant ou du tiers ne porte pas atteinte à ce droit. 202
155. Théorie de l'acceptation avec effet rétroactif. Réfutation. 203
156. Influence, dans la théorie de l'offre, de la mort ou de la survenance de l'incapacité du stipulant ou du tiers 203
157. Suite. 204
158. Dans cette théorie, de qui émane la pollicitation ? 205
159. L'action du tiers doit être dirigée contre le promettant 207
160. Le tiers a-t-il une action directe? 207
161. L'engagement du promettant au regard du tiers résulte de la volonté unilatérale. 209
162. Système du *Code fédéral des obligations*. 210
163. Les parties peuvent ne donner à la stipulation pour autrui que la valeur d'une offre 211
164. Les parties peuvent convenir que le stipulant seul aura droit de poursuivre l'exécution 211
165. Le tiers jouit-il soit des sûretés qui garantissent l'exécution du contrat, soit des actions en résolution ou en révocation? . . . 211
166. *Quid* du privilège du vendeur? 213
167. La stipulation pour autrui n'est pas soumise aux règles de forme des donations 214
168. Effet de la révocation 216

(Nos) Pages
169. Conditions de la révocation 216
170. Le stipulant qui révoque peut-il s'appliquer le bénéfice de la stipulation? 218
171. La mort du stipulant ne rend pas irrévocable la stipulation pour autrui 221
172. De l'acceptation 222
173. Quand la révocation profite au promettant, il n'est pas nécessaire qu'il accepte cet avantage 223
174. En cas de résolution ou de révocation du contrat, quel est le sort de la charge? 223
175. De la renonciation au droit de révocation 227
175 I. Que devient la charge au cas d'annulation du contrat principal? . . 228

C. Principales applications de la stipulation pour autrui.

176. Énumération 229
177. Des titres à ordre 229
178. Des titres au porteur 230
178 I. Des clauses insérées dans les cahiers des charges des adjudications de travaux publics 232
178 II. Des stipulations pour autrui contenues dans les contrats de transport 233

APPENDICE AU COMMENTAIRE DE L'ART. 1121

DES ASSURANCES SUR LA VIE

I. *Notions générales.*

179. Notion de l'assurance sur la vie 234
180. Deux types d'assurances sur la vie 234
181. Assurance en cas de décès 235
182. Assurance en cas de vie 236
183. Définition de l'assurance sur la vie 237
184. De la prime; notions générales 239
184 I. *Quid* quand l'assuré cesse de payer la prime? 240
185. Le droit de rachat est-il un droit attaché à la personne? 241
186. Modalités du contrat d'assurance sur la vie 241
186 I. Interdiction de l'assurance en cas de décès d'enfants de moins de douze ans (L. 17 mars 1905) 242
187. Assurance mixte 243
188. Rôle de la jurisprudence en matière d'assurance sur la vie 244

II. *Fondement juridique de l'assurance en cas de décès. Droits qu'elle engendre.*

189. Transition 246
190. Assurance contractée au profit de la succession de l'assuré 246
191. Pouvoir d'appréciation du juge du fond dans la matière 249
192. Assurance contractée au profit d'une personne déterminée. Système de la jurisprudence 249
193. Théorie de la gestion d'affaire 251
194. Est-ce une acceptation proprement dite qui est nécessaire pour l'irrévocabilité? 252

(Nos) Pages
194 I. De l'acceptation tacite 253
195. De la révocation 254
196. L'acceptation peut-elle avoir lieu utilement après le décès de l'assuré? 255
197. L'acceptation *post mortem* peut-elle être empêchée par une révocation émanée des héritiers de l'assuré? 257
198. L'acceptation *post mortem* peut être tacite 257
199. L'acceptation peut avoir lieu après la faillite du stipulant 258
200. Théorie de l'acceptation avec effet rétroactif 259
201. La capacité du bénéficiaire est requise au moment du contrat. . . 260
202. Le bénéficiaire acquiert un droit direct et personnel contre la compagnie 260
203. Conséquences : *a*) Le bénéficiaire n'est jamais tenu d'accepter la succession de l'assuré. 261
204. *b*) Les créanciers de l'assuré n'ont aucun droit sur le profit de l'assurance. 261
204 I. *c*) Validité de l'assurance sur la vie contractée par un prodigue. . 262
205. Le bénéficiaire est donataire de l'assuré. 263
206. Quel est, au point de vue du rapport et de la réduction, le montant de la libéralité? 264
207. Jurisprudence de la cour de cassation en matière de faillite. . . . 266
208. Le paiement des primes doit-il être pris en considération pour le rapport et la réduction? 266
208 I. *Quid* quand le total des primes payées excède le montant du capital assuré? 268
209. De l'applicabilité de l'art. 1096 au cas d'assurance sur la vie contractée par l'un des époux au profit de l'autre. 269
209 I. Du cas où la libéralité est révoquée pour ingratitude ou pour survenance d'enfant. 270
209 II. La déchéance contenue dans l'art. 299 porte sur le capital assuré. 271

§ IV. *Effets des stipulations et promesses à l'égard des héritiers et ayants cause.*

210. On peut stipuler pour ses héritiers. 271
211. Du sens de l'expression *ayants cause*. 271

I. *Effets des conventions par rapport aux héritiers.*

212. Le principe posé pour les héritiers s'applique à tous les ayants cause universels. 272
213. Dans l'art. 1122 le mot *stipuler* signifie *contracter*. 272
214. Enumération des exceptions au principe posé dans l'art. 1122 . . . 273
215. a. Exceptions résultant des termes de la convention 273
216. b. Exceptions résultant de la nature de la convention 274
217. c. Exceptions résultant de dispositions législatives 275
218. Du droit spécial des héritiers réservataires 276
218 I. Les héritiers ne succèdent pas aux simples pollicitations. 276
219. Peut-on stipuler ou promettre pour ses héritiers sans stipuler ou promettre pour soi-même? 276

(Nos) Pages

220. Peut-on restreindre à un ou à quelques-uns de ses héritiers le bénéfice d'une stipulation que l'on fait pour soi-même? . . . 277
221. Suite. 278
222. On ne peut pas mettre par convention une dette à la charge exclusive d'un de ses héritiers. 279

II. *Effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier.*

223. Conventions qui produisent leurs effets à l'égard des ayants cause à titre particulier. 280
224. Conventions qui n'ont pas d'effet à l'égard des ayants cause à titre particulier. 281
225. Critique de la théorie d'après laquelle les stipulations proprement dites sont seules transmissibles aux ayants cause à titre particulier 282
226. Inutilité de l'art. 1122 quant à ces ayants cause. 284

SECTION II

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES

227. La capacité de contracter est la règle. 284
228. La loi ne parle pas des incapacités naturelles de contracter 285
229. Liste des personnes juridiquement incapables de contracter 286

§ I. *Personnes frappées de l'incapacité générale de contracter.*

230. Mineurs 286
231. Interdits 287
232. *Quid* des non interdits placés dans un établissement d'aliénés? . . 287
233. *Quid* des personnes pourvues d'un conseil judiciaire? 289
234. Femmes mariées. 290
235. Transition 290
236. Les faillis sont capables de contracter. 290
237. En principe il en est de même des personnes morales 291
238. Les contrats passés par les incapables sont simplement annulables. 291
239. L'incapable qui obtient l'annulation ne peut pas s'enrichir aux dépens de l'autre partie 293

§ II. *Personnes frappées d'une incapacité spéciale de contracter.*

240. Exemples : tuteurs, etc. 293
241. Personnes pourvues d'un conseil judiciaire. 293
242. Le principe que l'incapable peut seul faire annuler son engagement est général. 294

SECTION III

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES OBLIGATIONS

243. Notions 295

§ I. *L'obligation a pour objet une chose.*

244. Conditions que doit présenter la chose objet de l'obligation 296

(Nos) Pages

I. *La chose doit exister dans la nature.*

245. Idée générale 296
246. Inexistence de la vente d'une chose périe au moment du contrat . 297
246 i. Application de la théorie de la *culpa in contrahendo* 297
247. Contrats ayant pour objets des choses futures 297

II. *La chose doit être dans le commerce.*

A. Etude générale de cette condition.

248. Notions générales. 299

B. Des contrats relatifs aux fonctions publiques.

249. Les fonctions publiques sont hors du commerce 300
250. De l'engagement de démissionner. 301
251. Exception établie par l'art. 91 de la loi des finances du 28 avril 1816 301
252. Sociétés ayant pour objet l'exploitation d'un office. 302
253. Jurisprudence de la cour de cassation quant à l'office ministériel du mari 302
254. Exception relative à certains agents de change 303
255. Des emplois qui ne sont pas des fonctions publiques 304
256. Agréés près des tribunaux de commerce 304
257. Commissaires au mont-de-piété 304
258. La clientèle d'un médecin peut-elle faire l'objet d'une vente?. . . 305

C. De la prohibition des pactes sur successions futures.

259. Le Code civil insiste sur cette prohibition. 306
260. Division du sujet 306

N° 1. *Motifs et sanction de la prohibition.*

261. Elle repose sur deux motifs. 306
261 i. Sanction. 309
262. Les pactes sur successions futures ne sont plus admis dans les contrats de mariage 309

N° 2. *A qui s'adresse cette prohibition.*

263. On ne peut faire un pacte sur la succession d'un tiers même avec l'autorisation de celui-ci. 310
264. On ne peut pas faire de pacte même sur sa propre succession future 311

N° 3. *Caractères des pactes sur successions futures.*

265. Ces caractères peuvent être ramenés à deux 312
266. Acte par lequel on dispose entre-vifs de tous ses biens 313
267. Promesse qui doit être acquittée à la mort du promettant ou à la mort d'un tiers. 314
268. Donation avec réserve de l'usufruit jusqu'à la mort du donateur. . 315
269. Conventions portant sur des droits qui ne peuvent être liquidés qu'à la mort d'une personne. 315
270. Conventions portant sur un droit qui s'ouvre à la mort d'un tiers. 315

(Nos) Pages
271. Donation par acte entre-vifs avec convention de rapport en moins prenant. 316
272. L'appelé peut-il, avant que la substitution soit ouverte, disposer de son droit ?. 316
273. *Quid* des pactes sur successions testamentaires? 317
274. Des pactes qui portent seulement sur une quote-part ou sur des objets particuliers d'une succession. 317
275. Pactes sur successions indéterminées 318
276. Promesse de bail d'immeubles compris dans une succession . . . 318
277. Pactes portant à la fois sur une succession ouverte et sur une succession future 319
278. Pactes sur la succession d'un absent. 320
279. Pactes sur des successions anomales 322
280. Pactes relatifs à un droit de retour conventionnel 322

N° 4. *Exceptions à la prohibition.*

281. Enumération limitative. 323

III. *La chose doit être déterminée ou déterminable.*

282. Explication de cette proposition 324
283. Corps certains, choses fongibles 325
284. Pour les choses fongibles, la quantité doit être déterminable . . . 326
285. *Quid* si l'un des deux objets d'une obligation alternative n'est pas déterminable? 327
286. Conventions ayant pour objet le simple usage ou la simple possession d'une chose 328

§ II. *L'obligation a pour objet un fait.*

287. L'obligation peut avoir pour objet un fait. 328
288. Caractères que doit présenter le fait objet du contrat. 329
289. 1° Il faut que le fait soit possible. 329
290. Impossibilité partielle 330
291. Impossibilité temporaire 330
292. 2° Il faut que le fait soit licite 330
293. 3° Il faut qu'il présente pour le stipulant un intérêt appréciable en argent 331
294. Du fait à l'accomplissement duquel le stipulant n'a qu'un intérêt d'affection. 331

SECTION IV

DE LA CAUSE

295. La cause est un élément essentiel à l'existence des conventions. . 332
296. Pourquoi est-il important de préciser la théorie du législateur en matière de cause? 332

§ I. *De la notion de la cause.*

297. Divers sens du mot cause 333
298. De la cause dans les contrats synallagmatiques. 335

(Nos) Pages
299. De la cause dans les contrats unilatéraux 336
300. La théorie de la cause s'appuie sur la tradition 337
301. Distinction de la cause et de l'objet 338
302. Distinction de la cause et du motif 340

§ II. *Du défaut de cause, de la cause erronée et de la cause illicite.*

I. *Des cas où il y a défaut de cause, cause erronée ou cause illicite.*

303. Absence de cause 341
303 I. Effets de complaisance 341
303 II. Obligations à cause successive 342
304. Fausse cause. 342
305. Cause erronée. 342
306. Fausseté du motif. 343
307. Cause simulée. 343
308. Effet de la simulation. 344
309. Définition de la cause illicite. 345
310. Exemples de cause illicite 345
310 I. Engagements ayant pour cause des promesses de sollicitations. . 349
311. *Quid* du courtage matrimonial ? 350
311 I. Garanties contre les abus que pourrait engendrer ce contrat. . . . 357
311 II. Le courtier matrimonial a-t-il droit, du moins, à une indemnité pour ses peines et soins ? 357
312. Engagements pris envers les chercheurs de successions. 358
312 I. Du contrat intervenu entre un directeur de théâtre et un entrepreneur de succès dramatiques. 358
313. Motif illicite. 361
314. De la cause dans le prêt d'argent. 363
315. Donation à un enfant adultérin ou incestueux du donateur. 364

II. *Sanction soit de l'absence de cause, soit du caractère illicite de la cause.*

316. Inexistence de l'obligation. Conséquences. 366

§ III. *De la preuve de la cause.*

317. La preuve de la cause ne soulève des difficultés que pour les contrats unilatéraux. 367
318. Preuve quand l'écrit est non causé. 368
318 I. Preuve quand la cause indiquée est fausse. 370
319. Une fois la simulation établie, quelle est la situation respective des parties ? 371
320. De la formule : « Je promets payer... » 372

§ IV. *Examen critique de la théorie de la cause.*

321. La théorie de la cause est inutile et dangereuse 373
322. Critique de la théorie de la cause au point de vue des contrats synallagmatiques. 374
323. Dans les contrats synallagmatiques, la cause se confond avec le consentement. 375

(Nos) Pages
324. De la cause dans les contrats réels 376
325. De la cause dans de prétendus contrats unilatéraux innommés. . . 376
326. De la cause dans les contrats de bienfaisance. 377
327. Conclusion. 379

CHAPITRE III

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS

328. La loi ne distingue pas l'effet des conventions de celui des obligations 380
329. Effet des conventions. 380
330. Effet des obligations 380

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

331. Les conventions tiennent lieu de loi aux parties 381
332. En principe, la convention prévaut sur les textes législatifs et sur les usages locaux. 382
333. Les juges doivent assurer l'observation des conventions. 382
334. Ils ont le pouvoir de les interpréter 383
335. Il leur appartient d'apprécier si elles ont été exécutées. 383
336. Du rôle de la cour de cassation dans la matière. 384
337. Pour qu'une décision puisse être censurée, suffit-il qu'elle méconnaisse le sens positif d'une convention ? 387
338. En principe, les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties 387
339. Effets de cette révocation. 388
340. Conventions qui peuvent être révoquées par la seule volonté de l'une des parties 389
341. Conventions qui ne peuvent être révoquées par le consentement mutuel. 390
342. Des causes de révocation autorisées par la loi. 390
343. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi. 390

SECTION II

DE L'OBLIGATION DE DONNER

344. Sens de l'expression *obligation de donner* 391

§ I. *De l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison.*

345. Notion de cette obligation 392
346. La théorie de la *prestation des fautes* a peu d'importance en pratique 393
347. En principe, le débiteur est responsable de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille. 393
348. Cette règle peut être invoquée par le débiteur. 395
349. Dispositions spéciales. 396
350. Responsabilité du dépositaire. Principe posé par l'art. 1927 396

(Nos) Pages
351. Cas prévus par l'art. 1928. 397
352. Responsabilité du mandataire. 398
353. Responsabilité de l'emprunteur. 399
354. Résumé 399
355. Distinction de la faute contractuelle et de la faute délictuelle . . . 400
356. Intérêts divers de cette distinction. 400
357. Prestation des fautes dans les obligations de faire 402
358. *Quid* pour les obligations résultant des quasi-contrats ou de la loi ? 403
359. Règles d'interprétation en matière de prestation des fautes 405
360. Des clauses extensives ou restrictives de la responsabilité. 405
360₁. Nullité des clauses d'irresponsabilité insérées dans les lettres de voiture, etc. (L. 17 mars 1905). 406
361. *Quid* si les deux parties sont en faute ? 407
362. De la *culpa in contrahendo*. Théorie de Ihering. 407

§ II. *De l'obligation de livrer la chose.*

363. Définition de la *délivrance* 410

I. *Du transport de la propriété.*

A. Entre les parties contractantes.

364. Dans le système du Code, l'obligation de transférer la propriété est réputée immédiatement exécutée 411
365. Mais, en réalité, le transport de la propriété n'est qu'un effet médiat de la convention 412
366. Explication de la formule de l'art. 1138 412
367. Le principe romain a subsisté dans la plupart des codes civils étrangers. Pourquoi? 416

B. de la translation de la propriété à l'égard des tiers.

N° 1. *Historique.*

368. Sommaire 418
369. Droit romain. 419
370. Ancien Droit français. 419
371. Législation intermédiaire. 420
372. Code civil 421

N° 2. *Droit actuel.*

373. Distinction à établir. 425

a. Immeubles.

1° Des actes et jugements assujettis à la transcription par la loi du 23 mars 1855.

374. Enumération contenue dans les art. 1 et 2 de cette loi. 426
375. La loi du 23 mars 1855 ne concerne pas les donations d'immeubles. 426
376. Ni les dispositions testamentaires. 427
377. Ni les translations ou créations de droits réels immobiliers lorsqu'elles sont l'œuvre directe de la loi. 427
378. Observation générale. 428
379. Des ventes d'immeubles 428

(Nos) Pages
380. Des ventes alternatives 428
381. Ventes d'immeubles par destination envisagés isolément. 428
382. Des promesses de ventes immobilières. 429
383. Des dations en paiement faites avec des immeubles 429
384. Des cessions de droits successifs. 429
385. Des apports en immeubles dans les sociétés. 430
386. Des contrats de mariage : stipulation de communauté universelle; clauses d'ameublissement. 431
387. Les actes simplement déclaratifs de propriété immobilière ne sont pas assujettis à la transcription. Des partages. 431
388. Des transactions. 432
389. Il en est de même des actes récognitifs de droits réels immobiliers. 432
390. ... des actes confirmatifs de conventions transférant ou créant de pareils droits 432
390₁. ... des jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique et des cessions amiables 433

2° Comment s'effectue la transcription.

391. Des formalités requises pour la transcription. 434

3° Des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription.

392. Du sens de l'expression *tiers* dans la loi du 23 mars 1855. 436
393. Le conflit est tranché au profit de celui qui a le premier rempli la formalité prescrite pour la publicité 437
394. Cette règle ne concerne que les tiers dont les droits sont soumis à la transcription ou à l'inscription. 438
395. Du conflit entre deux acquéreurs tenant leurs droits d'auteurs différents 438
396. Du cas où la seconde vente et la transcription qui en a été opérée sont le résultat d'un concert frauduleux 439
397. Du cas où le second acquéreur a eu simplement connaissance de la première vente 440
398. Du cas où deux acquéreurs successifs d'un même immeuble ont fait transcrire leurs titres le même jour 442
399. Du cas où la transcription d'un acte d'acquisition et l'inscription d'une hypothèque ont eu lieu le même jour 443

4° Des personnes non recevables à se prévaloir du défaut de transcription.

400. Quant à la translation de la propriété immobilière entre les parties le principe du Code civil a subsisté. Conséquence. 445
401. La transcription du juste titre n'est pas nécessaire pour la prescription de dix à vingt ans 446
402. L'acquéreur devient propriétaire à l'égard des héritiers de l'aliénateur indépendamment de la transcription 446
403. Les créanciers chirographaires de l'aliénateur ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. 447
404. *Quid* des créanciers chirographaires d'une succession ? 447
405. Du cas où un acte de vente n'a pas été transcrit avant la transcription de la saisie de l'immeuble vendu 447

(Nos Pages

406. Du cas où aucun des acquéreurs successifs n'a fait transcrire son titre 448

b. Objets mobiliers corporels.

407. Aucun des ayants cause d'un même acquéreur ne peut opposer le défaut de transcription du titre de l'auteur commun. 448
408. Aucune publicité n'est requise pour le transfert de la propriété mobilière à l'égard des tiers 448
409. Comment est réglé le concours entre deux acquéreurs successifs du même meuble 449
410. De la possession réelle 450
411. De la bonne foi 451
412. Résumé. 451
413. L'acquéreur d'un meuble peut, par cela seul que la vente a été consentie, le revendiquer contre les créanciers chirographaires de l'aliénateur, s'ils le font saisir. 451
414. Réfutation de la théorie d'après laquelle la tradition est nécessaire pour que l'acquéreur du meuble devienne propriétaire à l'égard des tiers 452
415. Du conflit entre l'acquéreur d'un meuble et un créancier gagiste 455
416. L'art. 1141 ne concerne pas les meubles incorporels 455
417. Ni les universalités mobilières 456

c. Créances.

418. Formalités spéciales. 456

II. *Des risques.*

419. Définitions des termes *risques, cas fortuit* ou *de force majeure, fait du prince* 456
420. Des circonstances que suppose la question des risques. 457
421. Cette question n'est pas résolue par le principe de l'art. 1302. . . 457
422. On n'a pas à la soulever dans les contrats unilatéraux 458
423. Quel est le sens de la disposition de l'art. 1138 quant aux risques : 1re interprétation : *Res perit creditori*. 458
424. 2e interprétation : *Res perit domino* 461
425. Enumération des cas où les risques cessent d'être à la charge du créancier 464
426. Notion de la *demeure*. 464
427. Des actes qui opèrent la mise en demeure : sommation et actes interruptifs de prescription. 465
427 I. *Quid* des lettres missives, télégrammes, déclarations verbales ? . . 466
428. La demeure reporte les risques sur le débiteur 468

SECTION III

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

429. Définitions. 468
430. Toute obligation de faire ou de ne pas faire est mobilière. 469
431. Le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire a droit en principe à l'exécution en nature 469

(Nos) Pages
432. Sens de la disposition de l'art. 1142 470
433. Il eût mieux valu ne pas écrire cette disposition 473
434. Du droit, pour le créancier, de demander la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement 474
435. De l'autorisation par justice d'exécuter de l'obligation de faire. . . 474
436. Dans les cas des art. 1143 et 1144, est-ce un devoir pour le juge d'autoriser le créancier?. 475
437. Le créancier doit-il toujours se faire autoriser à exécuter les travaux?. 476
438. *Quid* si les frais d'exécution ou de destruction sont relativement considérables? 477
439. Les obligations de livrer peuvent, nonobstant la résistance du débiteur, être exécutées en nature. 477
440. Les juges peuvent-ils, pour contraindre à l'exécution des obligations de faire, prononcer des *astreintes?* Renvoi 478
441. L'obligation ne disparaît pas quand elle se transforme en dommages-intérêts. Conséquences. 478
442. La disposition de l'art. 1142 n'exclut pas l'application de l'art. 1184. 479
443. La règle de l'art. 1142 s'applique à toutes les obligations de faire. 479
444. Le débiteur qui contrevient à une obligation de ne pas faire est de plein droit en demeure 479
444 I. L'art. 1145 est applicable aux obligations de ne pas faire qui résultent d'obligations de faire ou d'obligations de donner. 480
445. Des risques dans les obligations de faire 480
446. De la prestation des fautes dans ces obligations. 481

SECTION IV

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION

447. Notions 481
448. But des dommages-intérêts. Ils comprennent deux éléments. . . . 481
449. Ils sont ordinairement alloués sous forme d'indemnité pécuniaire. 482
450. Dommages-intérêts compensatoires; dommages-intérêts moratoires 482

§ I. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu aux dommages-intérêts.*

451. Trois conditions sont requises 483

I. *Du préjudice.*

452. Il faut que l'inexécution ait causé un préjudice au créancier. . . . 483
453. C'est au créancier de prouver le préjudice 484

II. *De l'imputabilité.*

454. Il faut que l'inexécution soit imputable au débiteur. 484
455. L'imputabilité cesse quand il y a cas fortuit. Variété de cas fortuits. 485
455 I. Le fait du prince 487
456. Pouvoir d'appréciation des juges. 488

(Nos) Pages
456₁. Application de l'art. 1148 en matière de contributions indirectes. 489
457. Les événements imprévus n'excusent pas toujours l'inexécution. . 489
458. Il n'y a pas cas fortuit quand l'événement rend simplement l'exécution plus difficile ou plus onéreuse. 489
459. Mais, dans ce cas, les juges peuvent-ils réduire l'obligation?. . . . 490
460. Il n'y a pas force majeure quand l'obstacle à l'exécution a été occasionné par une faute du débiteur. 490
461. Le débiteur est responsable quand il était en demeure au moment où le cas fortuit s'est produit 491
462. Et à plus forte raison quand il a provoqué l'événement 491
463. Le débiteur n'est pas libéré quand il a pris les cas fortuits à sa charge. 491
464. La portée de cette clause varie. 492
465. L'effet de la force majeure peut n'être que dilatoire 493
466. Preuve de la force majeure 494
467. *Quid* si l'inexécution est la conséquence d'un incendie, d'un vol commis par un tiers, etc.? Renvoi 494
467₁. Une grève peut-elle constituer un cas de force majeure? Renvoi. 494

III. *De la demeure.*

468. Il faut, pour que l'inexécution d'une obligation donne lieu à des dommages-intérêts, que le débiteur soit en demeure 494
468₁. La mise en demeure est nécessaire pour que le créancier ait droit aux dommages-intérêts 495
469. Exceptions à la nécessité d'une interpellation pour qu'il y ait mise en demeure. 496
470. Le bailleur doit-il de plein droit des dommages-intérêts faute d'avoir fait exécuter les réparations qui lui incombent?. . . . 497
471. Pouvoir d'appréciation des juges quant à l'application de l'art. 1146 499
472. La mise en demeure n'est pas nécessaire quand l'exécution a été rendue impossible par la faute du débiteur. 500
473. La mise en demeure n'est pas requise en matière de responsabilité délictuelle 502

§ II. *De l'évaluation des dommages-intérêts.*

474. Division du sujet. 502

I. *Le Droit commun.*

475. Les dommages-intérêts sont, en général, de la perte subie et du gain manqué. 502
476. Preuve que doit faire le créancier. 503
477. Les tribunaux peuvent allouer d'une manière définitive des dommages-intérêts pour le retard futur dans l'exécution. 503
478. Théorie des *astreintes*. 503
479. Critique de cette théorie. 506
479₁. Système de M. Esmein. 507
480. Un préjudice moral peut il servir de base à des dommages-intérêts?. 509

(Nos) Pages
481. De l'intérêt d'affection. Critique de la théorie de M. Chausse. . . 510
482. Du cas où il est très difficile ou impossible de déterminer le préjudice 515
483. Distinction suivant que le débiteur qui n'a pas exécuté est ou non coupable de fraude. 516
484. Dans le cas où le débiteur n'est pas coupable de fraude, les dommages-intérêts ne s'étendent aux pertes *extrinsèques* que si elles ont pu être prévues lors du contrat. 517
485. Rôle important de la règle de l'art. 1150. 518
486. Pour que les parties soient considérées comme ayant pu prévoir les dommages-intérêts, il suffit qu'elles aient pu en prévoir la cause. 518
487. Si le débiteur est coupable de fraude, il répond même des dommages-intérêts qui n'ont pas pu être prévus. 521
488. Toutefois, même alors, il ne répond que de ce qui est une suite directe de l'inexécution 522
489. Les juges déterminent souverainement le chiffre des dommages-intérêts, mais non leur base 523
490. Les juges ne peuvent pas modifier les dommages-intérêts conventionnels 525
490 I. Application en matière de résiliation de louage de travail. 527
491. Validité de la stipulation d'un dédit au cas de promesse d'une cession d'office 527
492. Des clauses de non-responsabilité quand l'inexécution procède de la fraude ou de la faute lourde du débiteur. 527
493. Des clauses limitatives de la responsabilité imprimées sur les billets de passage de transport maritime. 527

II. *L'exception.*

494. Elle est relative aux obligations ayant pour objet une somme d'argent 528
495. Deux particularités à noter. 529
496. 1re Particularité : Les dommages-intérêts consistent toujours dans l'intérêt légal de la somme due. 529
496 I. La loi du 7 avril 1900, réduisant le taux légal, n'a pas d'effet rétroactif. 530
497. *Quid* quand la convention dont on poursuit l'exécution en France a été passée à l'étranger? 531
498. *Quid* lorsqu'on a valablement stipulé en pays étranger un intérêt supérieur à celui que fixe la loi française?. 531
499. Exceptions à la règle que le créancier ne peut réclamer à titre de dommages-intérêts que l'intérêt légal de la somme due. . . . 532
500. *a.* Exception relative au rechange. 532
501. *b.* Exception relative au cautionnement. 533
502. *c.* Exception relative à la société. 533
503. 2e Particularité : Le créancier n'a pas à prouver que le retard lui a causé un préjudice. 533
504. Motif de ces deux particularités 534
505. Les parties peuvent stipuler à titre de peine un intérêt supérieur au taux légal. 535

(Nos) Pages
506. Du cas où, en vertu du contrat, la créance produit des intérêts supérieurs au taux légal. 535
507. Du cas où le débiteur a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant du retard 535
508. Les parties peuvent-elles, en prévoyant un préjudice spécial, stipuler des dommages intérêts en sus des intérêts moratoires? 536
509. Jurisprudence relative aux intérêts des sommes dues par le Trésor. 537
510. Jurisprudence relative aux intérêts des sommes dues au Trésor par les contribuables. 539
511. Une simple sommation fait courir les intérêts moratoires (loi du 7 avril 1900) 540
512. Il suffit que la sommation vise le capital 542
512 bis. La sommation peut être remplacée par un acte équivalent 542
513. S'il y a demande en justice, doit-elle comprendre les intérêts ? . . 542
514. Demande formée devant un juge incompétent 543
515. Demande nulle en la forme. 543
516. Une demande en justice est-elle toujours nécessaire dans le cas de l'art. 1479 ?. 544
517. Cas exceptionnels où les intérêts courent de plein droit 544
518. Exception relative aux comptes-courants 545
519. Elle a lieu même lorsque le compte-courant existe entre non-commerçants. 546
520. Exceptions admises par des usages commerciaux. 546
521. Stipulation que les intérêts seront dus de plein droit. 546
522. Stipulation qu'une demande en justice sera nécessaire. 546
523. Disposition de l'art. 1904 546

III. *De l'anatocisme.*

524. Définition 547
525. Motif de la disposition restrictive de l'art. 1154. 547
526. Les intérêts des intérêts peuvent porter intérêt si les conditions voulues par la loi sont remplies. 549
527. La disposition de l'art. 1154 peut être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation. 550
528. La loi du 12 janvier 1886 a laissé subsister les restrictions à l'anatocisme. 550
529. Pour que les intérêts produisent des intérêts, il faut demander directement leur capitalisation 551
530. La capitalisation peut être demandée même pour des intérêts non liquidés. 551
531. La capitalisation n'est permise qu'avec deux restrictions. 552
532. α. Il faut qu'il s'agisse d'intérêts échus au moment de la demande ou de la convention 552
533. Il n'y a pas à distinguer suivant qu'il intervient une convention ou une demande en justice 553
534. β. Il faut que les intérêts soient dus au moins pour une année entière 554
535. Il en est notamment ainsi quand c'est une convention qui rend les intérêts productifs d'intérêts. 555

(Nos) Pages
536. Mais il peut en être autrement s'il y a novation portant à la fois sur le capital et les intérêts 556
537. Du cas où il est dû des intérêts pour une ou plusieurs années complètes et pour un ou plusieurs mois en sus. 556
538. Le juge ne peut pas accorder les intérêts des intérêts à partir d'une époque antérieure à la demande 557
539. Les parties ne peuvent pas calculer les intérêts comme ayant couru avant la convention. 557
540. On ne doit pas admettre dans la matière d'autres restrictions que celles formulées dans l'art. 1154 558
541. Prestations que ne concerne pas la prohibition de capitaliser les intérêts 558
542. L'art. 1155 ne déroge réellement à la disposition de l'art. 1154 que relativement aux arrérages des rentes perpétuelles ou viagères 559
543. Les prestations énumérées dans l'art. 1155 échappent aux deux restrictions de l'art. 1154 560
544. Pour que ces prestations deviennent productives d'intérêts, il n'est pas nécessaire que les intérêts aient fait l'objet d'une demande spéciale 561
545. Les intérêts de ces prestations peuvent porter intérêt pourvu qu'ils satisfassent aux conditions exigées par l'art. 1155. . . . 562
545 I. Exception en matière de compte *à échelette*, dressé par application des art. 455 et 456. 562
546. Exception relative aux comptes-courants. Distinction 563
547. Des comptes-courants en exercice. 564
548. Des comptes-courants clos et arrêtés 564
549. Cette exception n'est pas particulière aux comptes-courants entre commerçants. 565
550. ... ni aux comptes-courants réciproques. 566
550 I. Exception établie par la loi du 9 avril 1881, créant une caisse d'épargne postale 566
550 II. Exception au profit du Crédit foncier 567
551. Les créanciers de l'Etat, des départements ou des communes peuvent invoquer l'art. 1154. 567

SECTION V

DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS

552. Les dispositions des art. 1156 à 1164 renferment simplement des conseils à l'adresse des tribunaux. 568
553. Dans l'énumération des règles d'interprétation le législateur n'a suivi aucun ordre 570
554. *Première règle :* On doit avant tout, dans l'interprétation des conventions, rechercher la commune intention des parties. . . . 570
555. La question de savoir si les termes d'une convention sont obscurs ou ambigus est une question de fait. 572
556. Quel égard faut-il avoir au sens littéral des expressions dont les contractants se sont servis ? 572
557. De la qualification que les parties ont donnée à l'acte 572

(Nos) Pages
558. Les juges, pour interpréter une convention, ne sont pas obligés de s'en tenir à cette convention même 573
559. A quelle condition peuvent-ils avoir égard à d'autres actes? . . . 573
560. *Deuxième règle :* Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit préférer celui avec lequel elle produit un effet 574
561. *Troisième règle :* On doit préférer le sens qui convient à la matière du contrat 575
562. *Quatrième règle :* Les clauses ambiguës s'interprètent d'après les usages 575
563. Les juges peuvent, sans encourir la censure de la cour suprême, ne pas se conformer aux usages invoqués simplement comme un élément d'interprétation. 576
564. *Cinquième règle :* On doit suppléer les clauses d'usage 576
565. *Sixième règle :* Les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres. 577
566. Cependant la nullité d'une clause n'entraîne pas nécessairement celle de l'acte entier. 578
567. Les diverses clauses d'une convention doivent être interprétées de manière que chacune ait son utilité 578
568. Pouvoir d'appréciation du juge quand deux clauses sont inconciliables. 578
569. *Septième règle :* Dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé 578
570. Conséquence au point de vue des contrats synallagmatiques. . . . 579
571. Cette règle n'a pas le caractère de règle d'interprétation. 580
572. Exception contenue dans l'art. 1602 580
573. Cette règle n'a pas un caractère impératif; application aux clauses obscures des polices d'assurances 582
574. *Huitième règle :* Une convention ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties ont entendu contracter. . . 582
575. Applications de ce principe. Cession de propriétés d'œuvres littéraires 583
576. Des conventions portant sur une universalité de biens. 583
577. *Neuvième règle :* Lorsque, dans un contrat, on a visé un cas à titre d'explication, on n'est pas censé avoir exclu par là les cas non visés. 584
578. Les règles des art. 1156 à 1164 ne sont pas particulières aux conventions. 584
579. Les règles des art. 1157 s., ne sont pas relatives aux formalités exigées à peine de nullité dans les actes notariés 585

SECTION VI

DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS

§ I. *Principe.*

580. Les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. 585
581. Sens de l'expression *tiers*. 586
582. L'art. 1165 renferme deux règles; exceptions. 587
583. Les conventions profitent aux tiers dans les cas de l'art. 1121 . . . 587

(Nos) Pages

584. Il en est de même dans le cas d'une substitution par donation entre vifs faite en vertu des art. 1048 et 1049. 588
585. Il peut en être de même en cas de donation, par contrat de mariage, de biens à venir ou de biens présents et à venir. 588
586. En matière de concordat, la volonté de la majorité peut lier la minorité 588
587. Les dispositions des art. 1166 et 1167 ne constituent pas des exceptions. 588

§ II. *Du droit qui appartient aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur.*

588. Disposition de l'art. 1166. Division du sujet. 589

I. *Notion et fondement du droit reconnu aux créanciers par l'art. 1166.*

589. Fondement de ce droit. Il s'agit d'une action indirecte : conséquences. 590

II. *Des droits que les créanciers peuvent exercer en vertu de l'art. 1166.*

590. Le principe posé par l'art. 1166 n'est applicable qu'à des droits compris dans le patrimoine du débiteur. 592
591. Comment déterminer les droits patrimoniaux qui demeurent sous l'empire de la règle et ceux qui tombent sous l'exception ?. . 592
592. Tout droit insaisissable est par là même attaché à la personne. Résumé. 593

A. Des droits non compris dans le domaine de l'art. 1166.

593. 1° L'art. 1166 est étranger aux droits relatifs à l'état des personnes 594
594. 2° Il est aussi étranger à tous les droits relatifs aux rapports de famille 596
595. 3° Du droit de remplir un mandat 597
596. Du droit de recevoir un dépôt 597
597. *Quid* des actions qui appartiennent à l'héritier bénéficiaire? . . . 598
598. *Quid* des facultés? 598
599. Du droit d'administrer le patrimoine du débiteur. 598
600. De la faculté d'accepter une offre de vente ou de donation. 599
601. Du droit d'accepter ou de répudier une hérédité 599
602. De l'hypothèse prévue par l'art. 790 600
603. Du droit d'accepter ou de répudier un legs, etc. Renvoi 601
603₁. De la faculté de retirer la chose consignée après des offres réelles. Renvoi 602

B. Droits incessibles et insaisissables.

604. Droit aux aliments consacré par la loi. Créances d'aliments résultant de donations ou de legs. Droits d'usage et d'habitation. . 602
605. Droit de la veuve à son deuil. 603
606. Droit de jouissance légale de l'art. 384. 604
607. Droit d'un officier ministériel de présenter son successeur. 604

(Nos) Pages

C. Droits fondés sur un intérêt exclusivement pécuniaire.

608. Diverses applications du principe. 606
608 1. Droit des créanciers du tiers bénéficiaire d'une assurance sur la vie. 608
609. Droit de la femme d'accepter la communauté ou d'y renoncer. . . 608
610. Du retrait d'indivision 609
611. Du droit de provoquer l'envoi en possession des biens d'un absent. 611
611 1. Du droit de faire réduire ou révoquer, après le décès de l'époux du débiteur, la pension allouée en vertu de l'art. 301 612
612. Du droit de demander la séparation de biens. 613

D. Droits fondés sur un intérêt purement moral.

613. Du droit de demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude 613
614. Du droit d'exercer le retrait successoral. 614

E. Droits fondés sur un intérêt à la fois moral et pécuniaire.

615. Des actions en nullité pour cause d'erreur, de violence ou de dol. 615
616. Des actions en nullité fondées sur l'incapacité 617
617. De l'action en nullité des aliénations d'immeubles dotaux. 618
618. *Suite :* Distinction proposée par Aubry et Rau. Réfutation. . . . 620
619. *Suite :* Cette action ne peut jamais être exercée par les créanciers du mari. 621
620. Du droit d'opposer l'incapacité en matière de succession. 621
621. Du droit d'opposer l'indignité 622
622. Du droit d'accepter ou de répudier un legs. 623
623. Du droit des tiers d'accepter les stipulations faites valablement à leur profit en vertu de l'art. 1121. 624
624. De la révocation des donations entre époux. 625
625. Des actions en dommages-intérêts pour crimes ou délits contre les personnes 626
626. Examen de la théorie de Huc relativement à la détermination des droits attachés à la personne. 627

III. *Des conditions requises pour l'exercice de l'action indirecte.*

627. Ces conditions sont au nombre de deux. 633
628. Il faut que les créanciers aient un intérêt à exercer l'action indirecte. 633
629. Il faut que la créance de ceux qui invoquent l'art. 1166 soit exigible. 635
630. Mais peu importe la date de cette créance. 636
631. Il est également indifférent que les créanciers aient une action directe. 637
632. Il n'est pas nécessaire que les créanciers aient un titre exécutoire. 637
633. Les créanciers ne sont pas tenus de mettre le débiteur en demeure. 638
634. Ils ne sont pas davantage tenus de se faire subroger par justice dans les droits du débiteur. 638
634 1. *Quid* s'ils veulent pratiquer une saisie-arrêt en vertu de l'art. 1166? 641

(Nos) Pages

635. Les créanciers ne sont pas obligés de mettre en cause le débiteur 643
636. En cas d'incapacité du débiteur, les créanciers n'ont pas de conditions spéciales à remplir 643

IV. *Des effets de l'exercice par les créanciers des droits du débiteur.*

637. Principe : Le défendeur est dans la même situation que s'il était en présence du débiteur 644
638. Il peut opposer toutes les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre le débiteur. 644
639. Il le peut même quand ces exceptions procèdent d'une cause postérieure à l'introduction de l'instance. 646
640. Le tiers défendeur peut opposer la compensation. 647
641. Mais il ne peut pas former de demande reconventionnelle. 647
642. Des exceptions que le tiers défendeur pourrait opposer si les créanciers agissaient en leur nom personnel. 648
643. Le tiers défendeur peut arrêter l'action en payant les créanciers. 648
643 1. Le débiteur peut arrêter l'action en exerçant lui-même ses droits. 648
644. Effets du jugement au regard du débiteur et des créanciers non demandeurs 649
645. C'est d'une action directe qu'il s'agit dans les art. 1753, 1798 et 1994 650
645 1. Le créancier qui agit en vertu de l'art. 1166, peut-il faire ordonner, dans la même instance, des mesures lui permettant le recouvrement de sa créance? 652

§ III. *De l'action paulienne ou révocatoire.*

646. Fondement. Définition 654
647. Les créanciers intentent l'action paulienne en leur nom personnel. Conséquences 657
648. Division du sujet. 657

I. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne.*

649. Deux conditions sont requises. 658

A. Du préjudice.

650. Il faut que l'acte attaqué ait causé préjudice aux demandeurs. . . 658
651. *Quid* si le préjudice a disparu? 659
652. Etendue de la preuve qui incombe aux demandeurs 660
653. Le tiers défendeur peut, quand elle est nécessaire, exiger la discussion des autres biens du débiteur. 660
654. Relativement à ce droit il n'est pas dans la même situation que la caution. 660
655. Il ne peut pas exiger la discussion des biens litigieux ou situés à l'étranger 661
655 1. Pouvoir d'appréciation des juges du fond quant au préjudice. . . 662
656. *Quid* des actes par lesquels le débiteur a simplement négligé de s'enrichir? 662

(Nos) Pages

B. De la fraude.

657. Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait ouverture à l'action paulienne, la fraude du débiteur. 666
658. La condition de cette fraude est nécessaire même à l'égard des actes à titre gratuit. 667
659. Il en est ainsi même pour les renonciations prévues par les art. 622 et 788. 668
660. L'action paulienne peut-elle réussir contre un tiers de bonne foi? Distinction 671
661. Le tiers acquéreur à titre gratuit de bonne foi n'est tenu que dans les limites de son enrichissement. 674
662. De quoi résulte la fraude du tiers? 674
663. *Quid* si la connaissance de l'insolvabilité n'exclut pas la bonne foi du tiers?. 675
664. Pouvoir d'appréciation des juges du fond quant à la fraude 677
665. Preuve qui incombe aux demandeurs 677
666. Tous les moyens de preuve sont admissibles 678
667. L'action paulienne peut-elle atteindre un sous-acquéreur? 678
668. De la situation de l'acquéreur primitif quand le sous-acquéreur échappe à l'action paulienne. 682
669. La constitution d'hypothèque est-elle un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux?. 682
670. Du cautionnement. 684
671. De la constitution de dot : divers cas à distinguer. 684
672. α. Constitution de dot émanant de la femme elle-même 684
673. β. De la dot constituée au profit de la femme par un tiers 685
674. Du contrat qui intervient, dans ce cas, entre la femme et le mari. 686
675. Du contrat qui intervient entre le constituant et la femme. 687
676. γ. De la dot constituée au profit du mari 692
677. La bonne foi de la femme peut-elle, dans ce cas, soustraire le mari à l'action paulienne? 694
678. Des actes qui, après le mariage, s'ajoutent à la constitution de dot 696
679. De la donation faite par un époux à l'autre dans le contrat de mariage 697
680. De la donation d'un gain de survie par contrat de mariage. 698
681. Différences entre l'art. 1167 C civ., d'une part, et les art. 446 et 447 C. co., d'autre part, au point de vue des conditions qu'ils exigent 698

II. *A qui appartient le droit d'exercer l'action paulienne.*

682. L'action paulienne ne constitue pas une mesure collective. 701
683. Elle peut être exercée par un créancier hypothécaire ou privilégié 703
684. Comme aussi par un créancier qui a reçu un nantissement. 705
685. Un créancier à terme peut-il intenter cette action? 705
686. *Quid* du créancier sous condition suspensive? 707
687. Il faut que la créance du demandeur soit antérieure à l'acte attaqué 709

(Nos) Pages
688. Mais il suffit que le principe de cette créance existât avant cet acte 709
689. Exception à la règle que la créance du demandeur doit être antérieure 710
690. Du cas où l'acte attaqué était soumis à la transcription. 711
691. L'acte sous seing privé constatant la créance du demandeur doit-il avoir acquis date certaine conformément à l'art. 1328? 712
691 1. Le curateur à succession vacante n'a pas qualité pour exercer l'action paulienne 714

III. *Quels actes peuvent être attaqués par l'action paulienne.*

692. L'action paulienne est une action générale 715
693. La *tierce-opposition* n'est qu'une variété d'action paulienne. . . . 717
694. L'art. 2225 renferme une application de la disposition de l'art. 1167. 717
695. En principe, ni les paiements ni les dations en paiement ne peuvent tomber sous le coup de l'action paulienne 718
696. Exceptions au principe que cette action est générale 718
697. Les actes par lesquels on exerce un droit exclusivement attaché à la personne et ceux par lesquels on renonce à un pareil droit ne peuvent pas être annulés en vertu de l'art. 1167 719
698. *Quid* de la renonciation au droit de jouissance légale accordé par l'art. 384? 719
699. Exception établie par l'art. 1167 *in fine* 721
700. Restriction résultant de l'art. 882 721
701. *Quid* quand un partage a été fait au mépris d'une opposition? . . 722
702. *Quid* quand les copartageants ont mis les créanciers dans l'impossibilité d'intervenir?. 722
703. Restriction résultant de l'art. 1476. 723
704. La disposition de l'art. 882 doit-elle être étendue au partage de société? 723

IV. *Des effets de l'action paulienne.*

705. Principe 725
706. L'action paulienne est une action en *nullité* ou en *révocation*. . . 726
707. L'action paulienne est une action personnelle. 729
708. Etat de la jurisprudence sur cette question 730
709. Au regard des créanciers demandeurs, l'acte révoqué est considéré comme non avenu 731
710. La révocation ne profite pas au débiteur. 732
711. Application de ce principe au cas de révocation d'une aliénation. 733
712. Le tiers défendeur a-t-il un recours contre le débiteur?. 733
713. Application du principe aux libéralités indirectes ou déguisées. . 734
714. *Quid* lorsqu'une renonciation à succession est annulée en vertu de l'art. 788? 734
715. La révocation profite seulement aux créanciers demandeurs. . . . 735
716. Réfutation des opinions contraires. 735
717. Réfutation du raisonnement de Colmet de Santerre 736
718. Réfutation du raisonnement de Laurent. 737
718 1. Du cas où le tiers défendeur renonce, au profit de tous les créanciers, à se prévaloir de l'acte attaqué. 740

(Nos) Pages
719. De la situation du tiers défendeur en cas d'annulation. 741
720. *Quid* quand le tiers défendeur de mauvaise foi a payé au débiteur le capital ou les intérêts d'un prix d'acquisition? 743
721. *Quid* si le prix payé par le tiers a servi à désintéresser des créanciers du *fraudator*? 743
722. *Quid* si, en cas de révocation d'un échange d'immeubles, le prix de l'immeuble donné en contre-échange par le tiers a profité aux créanciers? 743
723. *Quid* si le tiers défendeur a fait des impenses sur la chose dont il est évincé? 744
724. Le tiers défendeur peut arrêter l'action paulienne en désintéressant les demandeurs. 744
724 1. S'il use de ce droit, il a un recours contre le débiteur. 746
725. Peut-on renoncer à l'action paulienne? 746

V. *Durée de l'action paulienne.*

726. La prescription décennale n'est pas applicable à cette action. . . . 746
727. Il en est de même de la prescription de dix à vingt ans. 748
728. Le tiers défendeur ne peut pas invoquer l'art. 2279. 749
729. L'action paulienne n'est jamais soumise qu'à la prescription trentenaire 749
730. Point de départ de la prescription. 751

APPENDICE

DE L'ACTION EN DÉCLARATION DE SIMULATION

731. Définition 751
732. Cette action est une simple mesure conservatoire. 754
733. Différence entre l'action en déclaration de simulation et l'action paulienne 754
734. L'action en déclaration de simulation n'est pas une application de l'art. 1166. 760
735. Il en est ainsi même quand les créanciers n'allèguent pas de fraude 760
736. L'action en déclaration de simulation ne prend pas sa source dans l'art. 1167. 761
737. Preuve de la simulation. 762
738. Pouvoir d'appréciation des juges. 764
739. Les créanciers autres que les demandeurs peuvent-ils se prévaloir du jugement qui déclare la simulation? 764
740. *Quid* du sous-acquéreur de bonne foi? 765
741. De la restitution des fruits. 767
742. Durée de l'action en déclaration de simulation. 767

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME Ier

I. CODE CIVIL

Articles	Numéros
1101	7 et 8.
1102	10 à 15.
1103	10 à 15.
1104	17 à 19,
1105	16.
1106	16.
1107	20.
1108	26.
1109	49, 80 à 84.
1110	53.
1110, al. 1	54 à 61, 67, 70.
1110, al. 2	62 à 68, 70.
1111	94.
1112	74 à 76.
1113	89 à 93.
1114	86 à 88.
1115	98.
1116, al. 1	108 à 117.
1116, al. 2	118 et 119.
1117	125 et 126.
1118	120 à 124.
1119	128 et 129, 145 à 147.
1120	130 à 144.
1121	148 à 178 II, 192 à 209 II.
1122	210 à 226.
1123	227 et 228.
1124	229 à 237, 240.
1125	238 et 239, 241 et 242.
1126	243.
1127	286.
1128	248 à 258.
1129	282 à 285.
1130, al. 1	247.
1130, al. 2	259 à 281.
1131	303 à 308, 321, 326.
1132	317 à 320.
1133	309 à 315, 321, 326.
1134, al. 1	331 à 337.
1134, al. 2	338 à 342.
1134, al. 3	343.
1135	343.
1136	344.
1137	347 à 361, 446.
1138	364 à 366, 420 à 424, 428.
1139	426 et 427.
1140	372.
1141	408 à 417.
1142	431 à 433, 439 à 443.
1143	434 à 438.
1144	435 à 438.
1145	444.
1146	468 à 473.
1147	455 à 467.
1148	455 à 467.
1149	475 à 482, 489.
1150	483 à 487, 489, 496.
1151	488 et 489, 496.
1152	490 à 493, 523, 527.
1153, al. 1	494 à 501, 504 à 506, 508 à 510.
1153, al. 2	503 à 506.
1153, al. 3	511 à 522.
1153, al. 4	507.
1154	524 à 540, 546 à 551.
1155	541 à 545.
1156	552 à 559.

Articles	Numéros	Articles	Numéros
1157	560.	1163	574 à 576.
1158	561.	1164	577 à 579.
1159	562 et 563.	1165	580 à 587.
1160	564.	1166	588 à 645 I.
1161	565 à 568.	1167, al. 1	646 à 698 et 705 à 730.
1162	569 à 573.	1167, al. 2	699 à 704.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Article	Numéro
581, al. 2 et 4.	604.

III. CODE DE COMMERCE

Articles	Numéro
446 et 447	681.

IV. LOIS SPÉCIALES

Numéros

L. 11 brumaire an VII (Régime hypothécaire), art. 26 371
L. 3 septembre 1807 (Taux de l'intérêt d'argent), art. 1. . . . . 505, 508
— art. 2. 496
L. 28 avril 1816 (Finances), art. 91. . . . . 251 à 255, 607
L. 30 juin 1838 (Aliénés) 232
D. 28 février 1852 (Sociétés de crédit foncier), art. 28. . . . . 550 II
L. 23 mars 1855 (Transcription hypothécaire), art. 1 et 2. . . . . 374 à 391
— art. 3 . . . . . 392 à 407
— art. 4 127
— art. 5 391
L. 9 avril 1881 (Caisse d'épargne postale), art. 3, al. 4 . . . . . 550 I
— art. 6, al. 4 230
— art. 6, al. 5. 234
L. 12 janvier 1886 (Taux de l'intérêt de l'argent) . . . . . 505 et 506
L. 20 juillet 1886 (Caisse des retraites pour la vieillesse), art. 13, al. 2. . 230
— art. 13, al. 4. 234
L. 18 juillet 1889, Code rural, tit. IV, Bail à colonage partiaire), art. 6, al. 2 217
L. 6 février 1893 (Séparation de corps et divorce), art. 3. 234
L. 20 juillet 1895 (Caisses d'épargne), art. 16, al. 3 230
— art. 16, al. 4 234
L. 7 avril 1900 (Taux de l'intérêt légal de l'argent), art. 1. . 494-496, 498, 505-507, 511-516, 521-523
L. 7 décembre 1904 *(interdisant, en France, l'assurance en cas de décès des enfants de moins de douze ans)* . . . . . 186 I, 188
L. 17 mars 1905 *(relative à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances sur la vie, etc.)*. 188
L. 17 mars 1905 *(ajoutant un paragraphe à l'art. 103 du Code de commerce)* . . . . . 360 I

ERRATA ET ADDENDA

P. 69, note 1 *in fine*. — Ajouter : Trib. de com. d'Angers, 23 sept. 1904, *Gaz. des Trib.*, 1905, 1er sem., 2. 223. — Cette décision est la première qui ait été rendue sur le point de savoir si les contrats conclus par téléphone sont des contrats entre absents ou entre présents. A raison de tout l'intérêt qu'elle offre, nous en reproduirons la partie consacrée à la discussion de la thèse juridique :

« Attendu que deux cas peuvent se présenter suivant que la conversation (téléphonique) a lieu entre personnes se trouvant dans une même ville ou dans des villes différentes; — Que, dans le premier cas, il est de toute évidence que le lieu de la promesse est celui où cette conversation a été échangée; — Que, dans le second, il faut décider que le lieu de la promesse est celui où la demande de communication a été reçue et non celui où elle a été faite; — Attendu, en effet, que l'emploi du téléphone ne saurait être assimilé à celui de la poste ou du télégraphe; qu'il a pour conséquence spéciale de supprimer totalement toute distance entre les parties et qu'on doit considérer les négociations qui s'engagent entre elles par ce mode de communication et le marché auquel elles aboutissent comme s'étant produits et réalisés entre personnes réunies dans le même local, au même lieu; — Que la partie qui a demandé la communication interurbaine a agi exactement comme si elle s'était en fait et réellement transportée au domicile de l'autre partie pour lui faire ses offres, soit d'achat, soit de vente, y négocier, discuter et conclure le marché de vive voix; qu'aucune autre solution n'est d'ailleurs satisfaisante et ne peut s'accorder avec ce mode de communication; qu'il serait impossible, en effet, dans la plupart des cas, les conversations échangées ne laissant aucune trace, de savoir laquelle des deux parties a la première accepté définitivement les offres ou contre-offres de l'autre, déterminant ainsi la formation du contrat, et, par suite, le lieu de la promesse ».

P. 128, note 1, ligne 1. — Au lieu de : S., 65. 2. 399, lire : S., 65. 1. 399.

P. 129, note 1, ligne 1. — Au lieu de : Req., 6 février 1903, lire : Req., 6 avril 1903. — Puis, après : 1903. 1. 728, ajouter : S., 1904. 1. 505.

P. 161, note 2. — Ajouter : Req , 30 avril 1902, D. P., 1903. 1. 288.

P. 171, dans le titre qui précède le n. 128. — Au lieu de : § II, lire : § III.

P. 178, note 3, ligne 3. — Après : 1. 441, ajouter : D. P., 1905. 1. 383.

P. 243, lignes 18 et 19. — Au lieu de : principe de la rétroactivité, lire : principe de la non-rétroactivité.

P. 269, note 3, ligne 10. — Au lieu de : p. 236 s., lire : p. 239 s.

P. 271, dans le titre qui précède le n. 210. — Au lieu de : § III, lire : § IV.

P. 286, dans le titre qui précède le n. 230. — Au lieu de : I, lire § I.

P. 293, dans le titre qui précède le n. 240. — Au lieu de : II, lire : § II.

P. 343, note 1, ligne 6. — Après : 1900. 1. 184, ajouter : S., 1904. 2. 49.

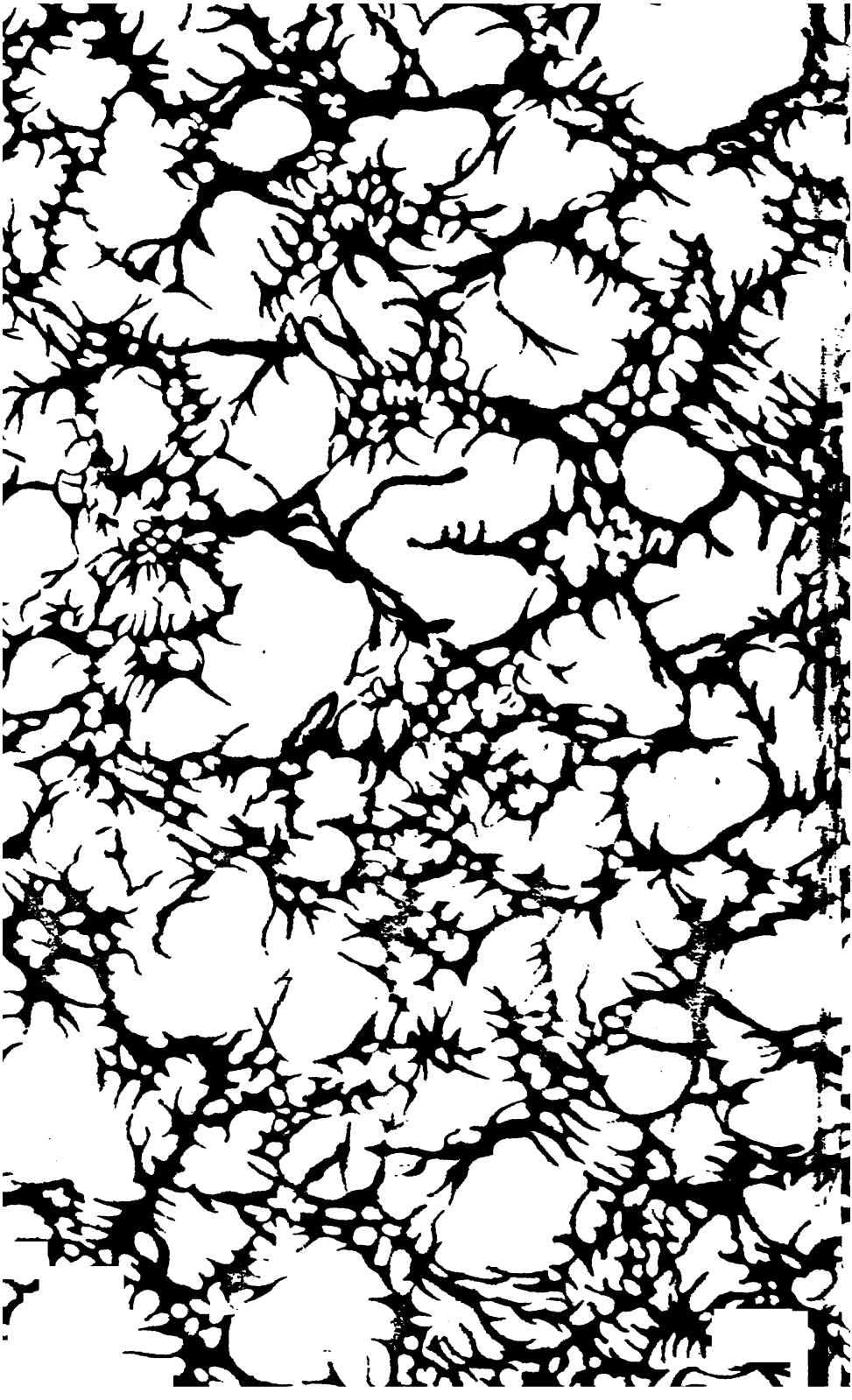
P. 345, note 1, ligne 11. — Après *Droit*, 6 décembre 1904, ajouter : — Caen, 23 février 1905, *Gaz. des trib.*, 1905, 1er sem., 2. 27.

P. 350, note 3, ligne 4. — Ajouter : S., 1905. 2. 206.

P. 354, note continuée, lignes 14 et 15. — Au lieu de : par les tribunaux d'appel, lire : par les tribunaux de première instance.

P. 710, note 3 *in fine*. — Ajouter : D. P., 1905. 1. 408.

28,591. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.



Stanford Law Library
3 6105 062 550 772